

تأليف

الشيخ الجليل الفقيه العلامة إمام عصره وفريد دهره

أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني

رحمه الله تعالى

(٤٨٩-٥٥٨هـ)

اعتنى به

قاسم محمد النوري

المجلد السابع

الغصب ـ الشفعة ـ القراض ـ المساقاة

الإجارة ـ السبق والرمي ـ إحياء الموات ـ اللقطة

دار المنهاج

للطباعة والنشر والتوزيع

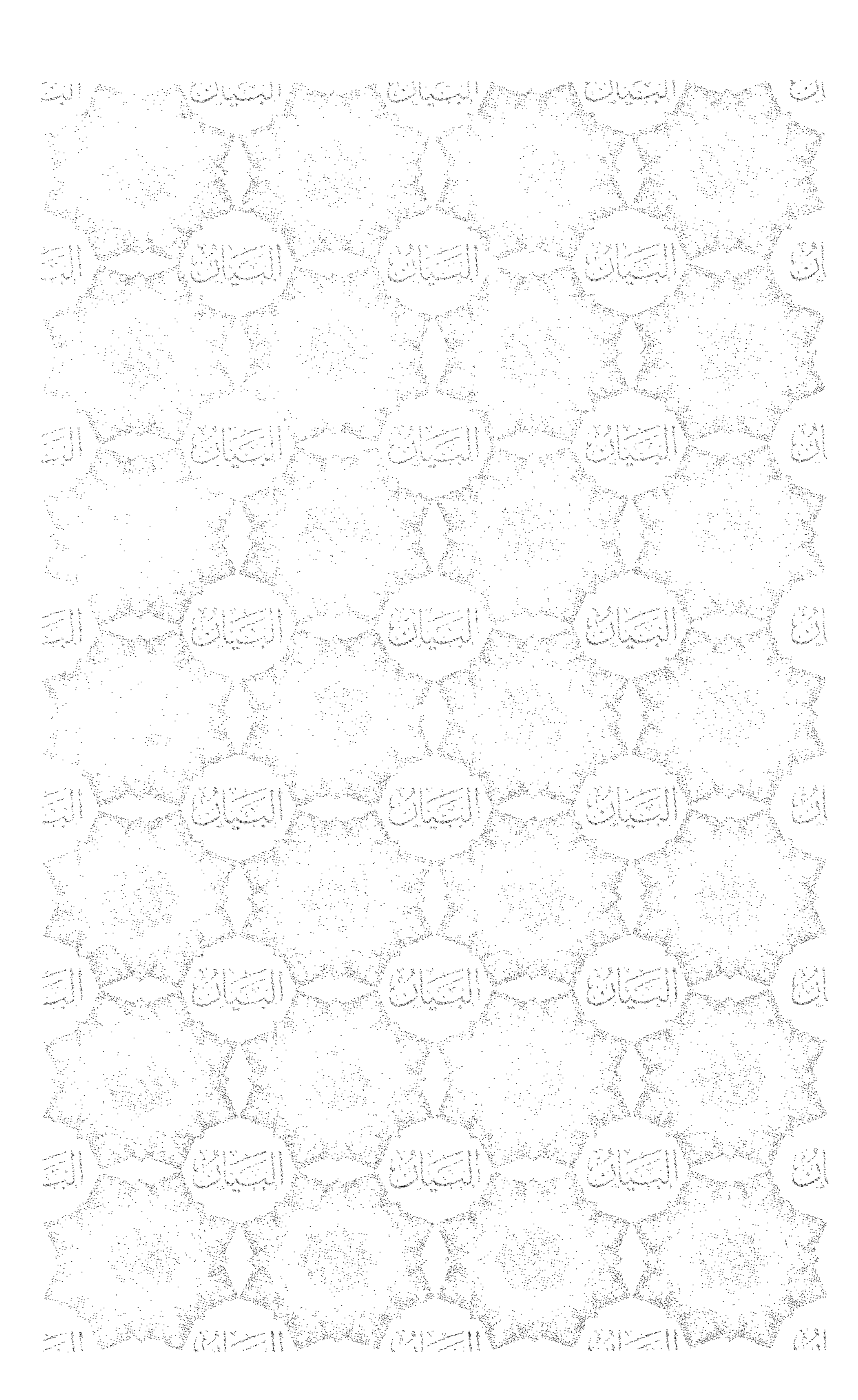


١١

بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب الغصب



كتاب الغصب(١)

الغصبُ محرَّمٌ ، **والأصلُ فيهِ** : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] .

وقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [النساء : ١٠] .

وقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ الآية [المائدة : ٣٨] . والسرِقةُ مِنَ الغصبِ .

ومِنَ السنَّةِ : ما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ ٱمرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ »(٢) .

ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ ـ في خُطبتهِ في حَجَّةِ الوداعِ ـ : « أَلا إِنَّ دِمَاءَكُمْ

---

(١) **الغصب** : مصدر غصبته أغصبه غصباً ، واغتصبته وغصبته علىٰ الشيءِ وغصبه منه واغتصبه ، والشيء مغصوب وغَصْب . قال أهل اللغة : الغصب : أخذ الشيء ظلماً أو قهراً جهاراً ، وفي الشرع : هو الاستيلاء علىٰ حقِّ الغير ، ولو منفعة أو حقاً أو اختصاصاً ، عدواناً ، كإقامة من قعدَ في مسجد أو سوق ، أو غير مال ، كسرجين ، بغير حقٍّ ، ومنه قوله تعالى شأنه : ﴿ وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا ﴾ [الكهف : ٧٩] . والأصل في تحريمه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

(٢) سلف ، وأخرجه عن أبي حُرَّة الرَّقَاشي عن عمه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ١٠٠) و (٨/ ١٨٢) في قتال أهل البغي ، وفيه ضعف . وفي الباب :

عن أنس رواه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) ، وفيه مجهول .

وعن أبي حميد الساعدي رواه أحمد في « المسند » (٥/ ٤٢٥) ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٩٧٨) بإسناد صحيح .

وأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هٰذا ، في شَهْرِكُمْ هٰذا ، في بَلَدِكُمْ هٰذا »[١] .

ومعنىٰ ذٰلكَ : دِماءُ بعضِكم علىٰ بعضٍ ، وأموالُ بعضِكم علىٰ بعضٍ .

ورَوىٰ عبدُ اللهِ بنُ السائبِ ، عَنْ أَبيهِ ، عَنْ جدِّهِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيْهِ لاَعباً ، وَلاَ جَادّاً ، فَمَنْ أَخذَ عَصا أَخِيْهِ . . فَلْيَرُدَّهَا »[٢] .

ورَوىٰ سَمُرَةُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « عَلىٰ ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تَرُدَّهُ » ، ورُوِيَ : « حَتّىٰ تُؤَدِّيَهُ »[٣] .

وَرَوىٰ يَعلىٰ بنُ مُرَّةَ الثقفيُّ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَخَذَ أَرْضاً بِغَيْرِ حَقِّهَا . . كُلِّفَ أَنْ يَحْمِلَ تُرَابَها إِلىٰ ٱلْمَحْشَرِ »[٤] .

---

(١) أخرجه عن أبي بكرة رضي الله عنه البخاري (١٧٤١) في الحج ، ومسلم (١٦٧٩) (٣١) في القسامة ، وأبو داود (١٩٤٧) مختصراً في المناسك ، والترمذي (٣٠٨٧) في تفسير سورة التوبة ، وقال : حديث حسن صحيح . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٨) : وله طرق متواترة . والمقصود من الحرمة : ما لا يحل انتهاكه . **في شهركم هذا** : يعني : ذا الحِجة . **يومكم هذا** : يوم عرفة . **بلدكم هذا** : يعني : مكة والحرم . **والحَجَّةُ** : بالفتح مصدر حجَّ يحُجُّ حَجّاً : قصدَ ، وبالكسر للمرَّةِ الواحدة ، وهي من الشواذِّ ، إذِ القياسُ أن يقالَ : حَجَّةٌ ، بالفتح . قال الكِسائي : كلام العرب كلُّهُ علىٰ فَعَلْتُ فَعْلَةً ، إلاَّ قولَهم : حججتُ حِجَّةً ، ورأيتُ رُؤْيَةً .

(٢) أخرجه عن السائب بن يزيد عن أبيه أبو داود (٥٠٠٣) في الأدب ، والترمذي (٢١٦١) في الفتن ، وقال : حديث حسن غريب . **لاعباً أو جاداً** : كأن يأخذ المتاع لا يريد سرقته ، وإنما يريد إدخال الغيظ عليه ، والروع له ، ونحوه في الحديث : « لا يحلُّ لمسلمٍ أنْ يروِّع مسلماً » . والجِدُّ : ضد الهزل .

(٣) سلف ، وقال عنه المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٨ـ٦٩) : وفيه دلالة علىٰ أنه يجب ردُّ المغصوب نفسه ما دام باقياً ، فإن لم يكن باقياً . . فيرد مثله ؛ لحديث أنس [عند البخاري (٢٤١١) وغيره وسلف] وفيه : (أنه ﷺ ردَّ القصعة مكان القصعة) . فإن تعذر ذلك كلّه . . فبالقيمة للضرورة .

(٤) أخرجه بألفاظ متقاربة عن يعلىٰ بن مرّة أحمد في « المسند » (٤/ ١٣٣) ، والدولابي في « الكنىٰ » (١/ ٥٤) ، وابن حبان في « الإحسان » (٥١٦٤) و« الثقات » (٤/ ٤٨) في ترجمة أيمن بن ثابت ، بإسناد صحيح ، والطبراني في « الكبير » (٢٢/ ٢٧٠) وفي « الصغير » (١٠٥٦) . قال الهيثمي عنه في « مجمع الزوائد » (٤/ ١٧٨) : رواه أحمد والطبراني في « الكبير » و « الصغير » بأسانيد ، ورجال بعضها رجال الصحيح .

وَرَوىٰ أبو هُريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَخَذَ شِبْرَاً مِنَ ٱلأَرْضِ بِغَيْرِ حَقِّهَا . . طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِيْنَ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ »[1] .

وقالَ ﷺ : « لَيَأْتِيَنَّ عَلَىٰ ٱلنَّاسِ زَمَانٌ لاَ يُبَالِي ٱلْمَرْءُ بِمَا أَخَذَ ٱلْمَالَ بِحَلاَلٍ ، أَوْ حَرَامٍ »[2] .

وأَجمعتِ الأُمَّةُ علىٰ تحريمِ الغصبِ[3] ، قالَ الصيمَريُّ : وَمَنْ غَصَبَ شيئاً ، وٱعتقدَ إِباحتَهُ . . كَفَرَ بذٰلكَ ، وإِنِ ٱعتقدَ تحريمَهُ . . فَسَقَ بفعلهِ ، وَلَمْ تُقبَلْ شهادتُهُ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنَّ الغصبَ يَصِحُّ في الأَموالِ المنقولةِ ، بأَنْ يَقبِضَها كما يَقبِضُها في البيعِ ، وفي العَقارِ ، بأَنْ يُزيلَ يدَ مالكهِ عنهُ ، ويَصيرَ في يدهِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، ومحمَّدٌ .

---

(١) أخرجه عن أبي هُريرة مسلم (١٦١١) في المساقاة ، وفيه : « لا يأخذ أحد شبراً من الأرض بغيرِ حقِّهِ ، إلاَّ طَوَّقَهُ اللهُ . . . » . **طَوَّقه** : جعله طوقاً في عنقه . وفي الباب :

عن عائشة رواه البخاري (٢٤٥٣) في المظالم ، ومسلم (١٦١٢) في المساقاة ، بلفظ : « من ظلم قِيد شبر من الأرض . . طوقهُ . . . » . **قِيد** : قدر .

وعن سعيد بن زيد رواه البخاري (٣١٩٨) في بدء الخلق ، ومسلم (١٦١٠) في المساقاة ، بلفظ : « من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً . . . » . **ظلماً** : بغير حق .

وعن ابن عمر رواه البخاري (٢٤٥٤) في المظالم ، بلفظ : « من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقه . . خسف . . . » .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٢٠٥٩) و (٢٠٨٣) ، والنسائي في « الصغرى » (٤٤٥٤) و « الكبرى » (٦٠٤١) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٥/ ٢٦٤) في البيوع ، وفيه أيضاً لفظ : « يأتي على الناس زمان لا يبالي المرء ما أخذ منه أمن الحلال أم من الحرام » .

وبنحوه أخرجه عنه أيضاً أحمد في « المسند » (٢/ ٤٣٥ و ٤٥٢) ، والدارمي في « السنن » (٢/ ٢٤٦) ، وأبو داود (٣٣٣١) ، والنسائي في « الصغرى » (٤٤٥٥) وفي « الكبرى » (٦٠٤٢) في البيوع ، وابن ماجه (٢٢٧٨) في التجارات ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٥/ ٢٧٥ـ٢٧٦) في البيوع ، بلفظ : « يأتي على الناس زمان يأكلون الربا ، فمن لم يأكله أصابه من غباره » ، يعني : دخل شيء منه في ماله ولو عن غير قصد .

(٣) قال في « رحمة الأمة » (ص/ ٣٢٩) : الإجماع منعقد على تحريم الغصب ، وتأثيم الغاصب ، وأنه يجب ردُّ المغصوب إن كانت عينه باقية . وقال في « الإفصاح » (٢/ ٢٧٠) : اتفقوا على أن الغصب حرام ، وأنه أخذ بعدوان وقهر .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ : (لا يَصِحُّ الغصبُ في العَقارِ ؛ لأَنَّهُ لا يَتأَتّىٰ[١] فيهِ النقلُ) .

دليلُنا : ما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنَ ٱلأَرْضِ . . طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِيْنَ يَوْمَ ٱلقِيَامَةِ »[٢] .

ولأَنَّ ما جازَ أَنْ يُضمَنَ بالقبضِ في البيعِ[٣] . . جازَ أَنْ يُضمَنَ بالغصبِ ، كالمنقولِ .

مسأَلَةٌ : [يردُّ المغصوب] :

ومَنْ غَصَبَ مالَ غيرِهِ . . وجبَ عليهِ ردُّهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « فَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيْهِ . . فَلْيَرُدَّهَا » .

فإِنْ كانَ الغاصبُ مِنْ أَهلِ الضمانِ في حقِّ المغصوبِ منهُ . . فإِنَّ المغصوبَ يكونُ في ضمانِ الغاصبِ إِلىٰ أَنْ يَرُدَّهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « عَلَىٰ ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ » .

وإِنْ لَمْ يكنْ مِنْ أَهلِ الضمانِ في حقِّ المغصوبِ منهُ ، بأَنْ يَغصِبَ الحربيُّ مالَ المسلمِ ، أَو يَغصِبَ العبدُ مالَ سيِّدِهِ . . فإِنَّهُ يكونُ غاصباً يأْثَمُ[٤] بذٰلكَ ، ويَجبُ عليهِ ردُّهُ ، ولا يكونُ مضمُوناً عليهِ ، ولو تَلِفَ في يدهِ . . لَمْ يَجبْ عليهِ ضمانُهُ ، كما لو أَتلفَ عليهِ مالاً . وكيفيَّةُ الردِّ الذي يَبرأُ بهِ الغاصبُ مِنَ الضمانِ : أَنْ يُنظَرَ في المغصوبِ :

فإِنْ كانَ مِمّا يُنقلُ . . فبأَنْ يَنقلَهُ المالكُ ، أَو وكيلُهُ .

---

(١) يتأتىٰ : يتهيأ ، وتأتّىٰ له : ترفق له وأتاه من وجهه .

(٢) سلف نحوه عن أبي هريرة وعائشة وسعيد بن زيد وابن عمر رضي الله عنهم . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦١) : لم يروِه أحد منهم بلفظ : « من غصب » . نعم في الطبراني عن أبي وائل بن حجر : « من غصب رجلاً أرضاً . . لقي الله وهو عليه غضبان » .

(٣) وكذا في الرهن .

(٤) أثم ـ من باب تعب ـ إثماً ، والإثم : الذنب ، وقد أثِم إثماً ومأثماً : إذا وقعَ في الإثم . وبه قد تسمّىٰ الخمر ؛ لأنها أم الخبائث . قال الشاعر :

شربت الإثم حتى ضل عقلي ... كذاك الإثم تذهب بالعقول

وإنْ كانَ مِمّا لا يُنقَلُ . . فبِأَنْ يَرفعَ الغاصبُ يدَهُ عنهُ ، ويُعلِمَ المالِكَ أَنَّهُ قد تَخلّىٰ عنهُ ، فإذا مضتْ مدَّةٌ يمكنُ فيها القبضُ . . بَرِىءَ الغاصبُ مِنَ الضمانِ .

وهٰكذا : لو لَمْ يُعلِمهُ الغاصبُ ، لٰكنْ وَضعَ المالكُ يدَهُ علىٰ عَقارِهِ ، ورَفعَ الغاصبُ يدَهُ عنها ، ولَمْ يَمنعِ المالكَ منهُ . . فإنَّهُ يَبرأُ بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [في ما غصب وله أجرة] :

ومَنْ غَصَبَ عيناً لغيرِهِ ، وهوَ مِنْ أَهلِ الضمانِ في حقِّهِ ، وأَقامتْ في يدِهِ مدَّةً لمثلِها أُجرةٌ ، فإنْ كانَ لِمثلِ تلكَ العينِ منفعةٌ تُملَكُ بالإجارةِ ، كسُكنىٰ الدارِ ، وزراعةِ الأَرضِ ، وخدمةِ العبدِ ، والجاريةِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . وجبَ علىٰ الغاصبِ أُجرةُ مثلِها لتلكَ المدَّةِ ، سواءٌ ٱنتفعَ بها أَو لَمْ يَنتفِعْ بها . وإِنْ كانتِ المنفعةُ لا تستباحُ بالإِجارةِ ، كمنفعةِ وَطءِ الجاريةِ . . لَمْ يجبْ عليهِ ضَمانُها ؛ لأَنَّ الغصبَ لا يَمنعُ المالِكَ مِنَ المُعاوَضةِ علىٰ بُضعِها ، وهوَ عقدُ النكاحِ ، ويمنعُهُ مِنْ إِجارتِها . **هٰذا مذهبُنا** ، وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَجبُ عليهِ ضمانُ أُجرةِ المنافعِ بحالٍ) .

دليلُنا : أَنَّ ما صحَّ أَنْ يُملكَ بالمسمّىٰ في العقدِ الصحيحِ ، وبالمِثلِ في العقدِ الفاسدِ ، وهو ممّا يطلبُ بعقدِ المغابنةِ[1] . . ضُمِنَ بالغصبِ ، كالأَعيانِ .

فقولنا : (وهو ممّا يطلبُ بعقدِ المغابنةِ) ٱحترازٌ مِنْ منفعةِ الاستمتاعِ .

مسأَلةٌ : [يرد المغصوب وإن نقصت قيمته] :

وإذا غَصَبَ عيناً لغيرِهِ . . فلا يخلو : إمّا أَنْ تكونَ العينُ باقيةً بحالِها ، أَو تالفةً .

فإنْ كانتْ باقيةً . . فقد ذكرنا : أَنَّهُ يجبُ عليهِ الردُّ للخبرِ ، فإنْ نَقَصتْ قيمتُها مِنْ حينِ الغصبِ إلىٰ حينِ الردِّ لكسادِها ، لا لنقصٍ حدثَ فيها . . فإنَّهُ لا يجبُ علىٰ

---

(١) المغابنة : المخادعة والمغالبة ، وغبنه : نقصه .

الغاصبِ ضَمانُ ما نقصَ من قيمتِها ، وهوَ قولُ مالكٍ ، وأَبي حنيفةَ ، **وكافَّةِ العلماءِ** ، إِلاَّ أَبا ثورٍ ، فإِنَّهُ قالَ : (يجبُ عليهِ ردُّها ، وردُّ ما نَقَصَ مِنْ قيمتِها لرُخْصِها) .

دليلُنا : أَنَّهُ ردَّ العينَ ، ولَمْ يَنقُصْ منها عينٌ ، ولا أَثرٌ . . فلَمْ يجبْ عليهِ ضمانُ شيءٍ مِنْ قيمتِها ، كما لو لَمْ تَنقُصْ قيمتُها في السوقِ .

وإِنْ كانتِ العينُ تالفةً . . فلا يخلو : إِمّا أَنْ تكونَ مِنْ غيرِ ذواتِ الأَمثالِ ، أَو مِنْ ذواتِ الأَمثالِ .

فإِنْ كانتْ مِنْ غيرِ ذواتِ الأَمثالِ ، وهوَ ممّا لا تتساوىٰ أَجزاؤُهُ ، ولا صفاتُهُ ، كالثيابِ ، والحَيَوانِ ، والأخشابِ ، وما أَشبهَها . . وجبَ علىٰ الغاصبِ قيمتُهُ ، **وهوَ قولُ كافَّةِ العلماءِ** ، إِلاَّ ما حُكيَ عَنْ عُبيدِ اللهِ بنِ الحسنِ العنبريِّ : أَنَّهُ قال : يجبُ عليهِ مثلُهُ مِنْ طريقِ الصَّرورةِ[1] ؛ لِما رُويَ عَنْ عائشةَ رضيَ اللهُ عنها : أَنَّها قالتْ : ما رأَيتُ صانعاً طعاماً مِثلَ صفيَّةَ ، صَنعَتْ طعاماً ، فبَعثتْ به إِلىٰ رسولِ اللهِ ﷺ ، فأَخذني الأَفْكَلُ ، فكَسَرتُ الإِناءَ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، ما كفّارةُ ما صَنعتُ ؟ فقالَ : « إِناءٌ مِثْلُ الإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ ٱلطَّعَامِ »[2] . و(الأَفْكَلُ) : الرِّعدةُ مِنَ الغَيرةِ .

دليلُنا : ما رُويَ : أَنَّ النبيَ ﷺ قالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ في عَبْدٍ . . قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيْكِهِ »[3] . فأَمرَ بتقويمِ نصيبِ الشريكِ ، وهوَ متلَفٌ بالعِتْقِ ، ولَمْ يَأمرْهُ بمثلِهِ مِنْ عبدٍ .

ولأَنَّ الأَشياءَ التي لا تتساوىٰ أَجزاؤُها ، لا يمكنُ إِيجابُ المِثلِ فيها لاختلافِها ،

---

(١) لأَنَّهُ أتلفهُ ، وفي (م) : (الصورة) أي : على هيئة المتلف .

(٢) أخرجه عن عائشة أم المؤمنين أبو داود (٣٥٦٨) في البيوع ، وبنحوه النسائي في « المجتبى » (٣٩٥٧) في عشرة النساء بإسناد حسن . قال ابن الأثير في « جامع الأصول » (٦١٩٨) و« النهاية » (٣/ ٤٦٦) : رعدة من البرد أو الخوف ، ولا يبنى منه فعل ، وهمزته زائدة .

(٣) أخرجه عن ابن عمر مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٧٢) ، والشافعي من طريقه في « ترتيب المسند » (٢/ ٢١٧) في العتق ، والبخاري (٢٤٩١) في الشركة ، ومسلم (١٥٠١) ، وأبو داود (٣٩٤٠) في العتق ، والترمذي (١٣٤٦) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » (٤٦٩٩) و « الكبرى » (٦٢٩٨) ، وابن ماجه (٢٥٢٨) في العتق . قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

فكانتِ القيمةُ أَولىٰ ، وأَمَّا الخبرُ : فمحمولٌ علىٰ أَنَّهُ عَلِمَ أَنَّها ترضىٰ بذٰلكَ .

وتجبُ قيمةُ المغصوبِ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ أَنْ تَلِفَ ؛ لأَنَّهُ غاصبٌ لهُ في جميعِ تلكَ المدَّةِ ، وتجبُ قيمتُهُ مِنْ نقدِ البلدِ التي تَلِفَ فيها المغصوبُ ؛ لأَنَّهُ موضعُ الضمانِ .

إِذا ثبَتَ هٰذا : فلا يخلو الذي لا مِثلَ لهُ : إِمّا أَنْ يكونَ حَيَواناً ، أَو غيرَ حَيَوانٍ .

فإِنْ كانَ غيرَ الحَيَوانِ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ ذهباً ، أَو فضَّةً ، فإِنْ كانتْ فيهِ صنعةٌ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانتْ صَنعتُهُ مباحةً ، كالخَلاخِلِ[1] ، والدَّمالجِ[2] ، وغيرِ ذٰلكَ مِمَّا يجوزُ ٱستعمالُهُ ، فإِنْ كانَ نقدُ البلدِ مِنْ غيرِ جنسِهِ ، أَو مِنْ جنسِهِ ، ولا يَزيدُ وزنُ القيمةِ عليهِ . . وجبَ عليهِ قيمتُهُ ، وإِنْ كانَ نقدُ البلدِ مِنْ جنسهِ ، ويَزيدُ وزنُ قيمتِهِ علىٰ وزنهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُقوَّمُ بجنسٍ آخرَ ؛ لأَنَّ ضمانَهُ بنقدِ البلدِ يؤدِّي إِلىٰ الرِّبا .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّهُ يُقوَّمُ بنقدِ البلدِ ؛ لأَنَّ الزيادةَ علىٰ وزنهِ لأَجلِ الصنعةِ ، وللصنعةِ قيمةٌ ، ولهٰذا لو أَتلفَ متلِفٌ الصنعةَ . . لَزِمهُ قيمتُها .

وإِنْ كانتْ صنعةً محرَّمةً ، كأَواني الذهبِ والفضَّةِ ، فإِنْ قلنا : يجوزُ ٱتِّخاذُها . . كانتْ كالصنعةِ المباحةِ ، وإِنْ قُلنا : لا يجوزُ ٱتِّخاذُها . . لَمْ تُضمَنْ قيمةُ الصنعَةِ .

وإِنْ لَمْ يكنْ فيهِ صنعةٌ ، كالنُّقرةِ[3] ، والسَّبيكةِ[4] . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : هي مِنْ ذواتِ الأَمثالِ .

---

(١) **الخلاخل والخلاخيل ـ جمع الخلخال ـ** : حلية كالسوار تلبسها النساء في سُوق أرجلهن .

(٢) **الدَّمالج والدَّماليج ـ جمع دُملوج ، وزان عصفور ـ**: وهو سوار عريض تلبسه المرأة ، يحيط بالعضد كالسوار بالمعصم .

(٣) **النُّقْرَة** : القطعة المذابة من الفضة ، وقبل الذوب هي تبر ، وقيل : الفضة الخالصة تخرج من المعدن .

(٤) **السَّبيكةُ** : كتلة مصبوبة بعد إذابتها على صورة معلومة من الذهب أو الفضة .

وقالَ عامَّةُ أَصحابِنا : ليستْ مِنْ ذواتِ الأَمثالِ ؛ لأَنَّ أَجزاءَها تختلفُ .

فعلىٰ هٰذا : يُنظَرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ نقدُ البلدِ مِنْ غيرِ جِنسها ، أَو مِنْ جِنسِها ، ولا يزيدُ وزنُ قيمتِها علىٰ وزنِها . . ضَمِنَها بقيمتِها .

وإِنْ كانَ نقدُ البلدِ مِنْ جنسِها ، ويزيدُ وزنُ قيمتِها علىٰ وزنِها . . ضَمِنَها بجنسٍ آخرَ ؛ لأَنَّ ضمَانَها بأَكثرَ مِنْ وزنِها مِنْ جنسِها رباً .

وأَمّا الدراهمُ والدنانيرُ التي ليستْ بمغشوشةٍ : فإِنَّها مِنْ ذواتِ الأَمثالِ ؛ لأَنَّ أَجزاءَها متساويةٌ .

وإِنْ خَرَقَ لهُ ثوباً ، أَو كَسرَ لهُ ظَرْفاً[١] . . وجبَ عليهِ أَرشُ ما نقصَ بذٰلك .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانَ الأَرشُ قليلاً . . فكما قُلنا ، وإِنْ كانَ كثيراً . . فمالكُهُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يسلِّمَهُ إِلىٰ الجاني عليهِ ، ويطالبَهُ بجميعِ قيمتهِ ، وبينَ أَنْ يُمسكَهُ ، ويطالبَهُ بالأَرشِ) .

دليلُنا : أَنَّها جنايةٌ علىٰ مالٍ أَرْشُها دونَ قيمتِها ، فلَمْ يكنْ لهُ المطالبةُ بجميعِ قيمتِها ، كما لو كانَ الأَرشُ قليلاً .

فرعٌ : [غصب الحرِّ والعبدِ] :

وأَمّا الحَيَوانُ : فضربانِ : آدميٌّ ، وغيرُ آدميٍّ .

فأَمّا الآدميُّ : فضربانِ : حرٌّ ، وعبدٌ .

فأَمّا الحرُّ : فإِنَّهُ لا يُضمَنُ باليدِ ، صغيراً كانَ أَو كبيراً ، وإِنَّما يُضمَنُ بالجِنايةِ ، علىٰ ما نذكرُهُ في (الجناياتِ) إِنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

وأَمّا العبدُ : فيُضمَنُ بالغَصبِ والجنايةِ ، فإِذا غَصبَ عبداً . . ضَمِنَهُ ، صغيراً كانَ أَو كبيراً ؛ لأَنَّهُ مالٌ ، فضُمِنَ بالغصبِ ، كسائرِ الأَموالِ ، فإِن ماتَ في يدهِ . . وَجبتْ عليهِ

---

(١) **الظرف** : الوعاء ، وكل ما يستقر غيره فيه .

قيمتُهُ بالغةً ما بلَغتْ ؛ لأَنَّهُ ليسَ مِنْ ذواتِ الأَمثالِ ، فضَمِنَهُ بالقيمةِ ، كما لو أَعتقَ شِقصاً[١] لهُ مِنْ عبدٍ وهو موسِرٌ بقيمةِ الباقي .

وإِنْ تَلِفَ في يدهِ جُزءٌ مِنْ أجزائهِ . . نظرتَ :

فإِنْ لَمْ يكنْ لهُ أَرْشٌ مقدَّرٌ ، كالبَكارةِ ، والسِّمَنِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . ردَّهُ وما نقصَ مِنْ قيمتهِ .

وإِنْ كانَ لهُ أَرْشٌ مقدَّرٌ ، كاليدِ ، والرِّجلِ ، وما أشبهَهُما ، فإِنْ ذهبَ ذٰلكَ بغيرِ جِنايةٍ ، بأَنْ ذَهبتْ يدُهُ بآفةٍ سماويَّةٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ يردُّهُ ونِصفَ قيمتهِ ؛ لأَنَّ ما ضُمِنَ ببدَلٍ مقدَّرٍ في الإِتلافِ . . ضُمِنَ بهِ بالغصبِ ، كالنفسِ .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّهُ يردُّهُ وما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ بذهابِ اليدِ ، أَو العينِ ؛ لأَنَّ ضمانَهُ باليدِ ضمانُ المالِ ، ولهٰذا لا يجبُ بهِ القِصاصُ ولا الكفّارةُ إِذا ماتَ ، فيَضمنُهُ بما نقصَ ، كسائرِ الأَموالِ .

وإِنْ غَصَبَ عبداً ، فقطعَ يدَهُ ، أَو قَلعَ عينَهُ . . فقدِ اجتمعَ هاهُنا الغصبُ والجِنايةُ ، فإِنْ قلنا بالوجهِ الأَوَّلِ . . رَدَّ العبدَ ونِصفَ قيمتِهِ ، وإِنْ قُلنا بالثاني . . رَدَّ العبدَ وأَكثرَ الأَمرينِ مِنْ نصفِ القيمةِ ، أَو ما نَقَصتْ قيمتُهُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ اجتمعَ فيهِ الأَمرانِ .

وحَكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٠٤] قولاً آخرَ : أَنَّ جِراحاتِ العبدِ ، وأَطرافَهُ كلَّها مضمونةٌ بما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ . وليسَ بمشهورٍ .

وقالَ مالكٌ : (جميعُ أطرافِ العبدِ والجراحاتِ في بَدَنِهِ مضمونةٌ بما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ ، إِلاَّ المُنقِّلَةَ ، والمَأْمُومَةَ) .

ودليلُنا : أَنَّ ما ضُمِنَ ببدَلٍ مُقدَّرٍ مِنْ دِيَةِ الحُرِّ . . ضُمِنَ بِمثلِ ذٰلكَ مِنْ قيمةِ العبدِ ، كالنفسِ .

---

(١) **الشقص** : الجزء ، والطائفة من الشيء ، يجمع على : أشقاص ، مثل : حِمل وأحمال .

وإنْ غَصَبَ عبداً ، فقطعَ يديهِ . . فإنَّهُ يردُّهُ ، والكلامُ فيما يجبُ عليهِ كما ذكرناهُ في اليدِ ، إلاَّ أنَّ اليدينِ تُضمنانِ بجميعِ القيمةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (المالكُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُسلِّمَ العبدَ إِلىٰ الغاصبِ ، ويطالبَهُ بجميعِ قيمتهِ ، وبينَ أَنْ يُمسكَهُ ، ولا شيءَ لهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ جَنىٰ علىٰ مِلكِ غيرهِ جنايةً مضمونةً ، فكانَ لهُ المُطالبةُ بالأَرْشِ معَ إمساكِ مِلكِهِ ، كما لو قَطعَ يداً واحدةً .

وإنْ غَصَبَ أُمَّ ولدٍ . . ضَمِنَها بالغصبِ ، وكانَ حكمُها حكمَ غيرِها مِنَ الجَواري .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا تُضمَنُ باليدِ) .

دليلُنا : أَنَّها تُضمنُ بالجِنايةِ ، فضُمِنتْ باليدِ ، كالأَمَةِ القِنَّةِ[1] .

فرعٌ : [زيادة قيمة العبد المغصوب] :

وإنْ غَصَبَ عبداً يساوي مئةً ، فزادتْ قيمتُهُ ، فصارَ يساوي أَلفاً ، ثُمَّ قطعَ يدَهُ . . لزِمَهُ ردُّهُ وخمسُ مئةٍ ؛ لأَنَّ زيادةَ السُّوقِ معَ التلفِ مضمونةٌ .

وأَمَّا غيرُ الآدميِّ ، كالبهيمةِ إذا غَصَبَها ، فإنْ تَلِفتْ في يدهِ ، أَو أَتلفَها . . وجبتْ عليهِ قيمتُها ، وإنْ تَلِفَ عضوٌ مِنْ أَعضائِها بيدهِ ، أَو أَتلفهُ . . وجبَ عليهِ ردُّ البهيمةِ وما نَقَصَ مِنْ قيمتِها . هٰذا مذهبُنا ، وبهِ قالَ مالكٌ ، إلاَّ أَنَّهُ قالَ : (إذا قَطَعَ ذنبَ حِمارِ القاضي . . لزمَهُ جميعُ قيمتهِ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إنْ كانتِ البهيمةُ مِمّا لها ظَهرٌ بلا لحمٍ ، كالبغلِ ، والحمارِ ، أَو ممّا لها لحمٌ بلا ظهرٍ ، كالغَنَمِ ـ فمثلُ قولنا ـ وإنْ كانَ لها لحمٌ وظهرٌ ، كالخيلِ ، والإبلِ ، والبقرِ . . فإنَّهُ إذا غَصَبَها ، وقَلعَ عينيها . . ردَّها ونصفَ قيمتِها ، وإنْ قَلعَ إحدىٰ عينيها . . ردَّها ورُبُعَ قيمتِها) .

---

(١) القِنَّة ـ مؤنث القِن ـ: الرقيق ، يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره ، وقيل : من يُملك هو وأبواه .

دليلُنا علىٰ مالكٍ : أَنَّهُ جِنايةٌ علىٰ عضوٍ مِنْ بهيمةٍ ، فضَمِنَ ما نَقَصَ مِنْ قيمتِها ، كقطعِ ذَنبِ حمارِ الشرطيِّ(١) .

وعلىٰ أبي حنيفةَ : أَنَّهُ جنايةٌ علىٰ عضوِ بهيمةٍ ، فلَمْ يَضمنْها ببدَلٍ مقدَّرٍ ، كمَا لو قَطعَ يدَها أَو رِجلَها .

فرعٌ : [غصب ما له مثلٌ فتلف] :

وإِنْ غَصَبَ شيئاً لهُ مِثلٌ ، فتَلِفَ في يدِهِ ، أَو أَتلفهُ . . ضمنَهُ بمثلِهِ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] .

ولأَنَّ المِثليَّةَ تُعلَمُ مِنْ طريقِ المشاهدةِ ، والقيمةَ تُعلَمُ بغلَبةِ الظنِّ والاجتهادِ ، فقُدِّمَ إِيجابُ المثلِ علىٰ القيمةِ ، كما نقدِّمُ النصَّ(٢) علىٰ الاجتهادِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وما لهُ مِثلٌ ، هو ما جَمَعَ ثلاثةَ أَوصافٍ :

أحدُها : أَنْ يكونَ مَكيلاً ، أَو مَوزوناً .

الثاني : أَنْ يكونَ مِمّا يُضبَطُ بالصفةِ .

الثالثُ : أَنْ يجوزَ بيعُ بعضهِ ببعضٍ ، وذٰلكَ كالدراهمِ ، والدنانيرِ ، والحبوبِ ، والأَدهانِ ، والتمرِ ، والزبيبِ ، والمِلحِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : والقُطنُ مِنْ ذَواتِ الأَمثالِ ؛ لأَنَّ أَجزاءَهُ تتساوىٰ ، ولا تختلفُ في العادَةِ .

قالَ الصيمَريُّ : والغَزْلُ ، والرَّصاصُ ، والنحاسُ ، والحديدُ مِنْ ذَوَاتِ الأَمثالِ ، واللَّبنُ من ذواتِ الأَمثالِ ، وما طُبِخَ وتعقَّدتْ أَجزاؤُهُ لا مِثلَ لهُ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ بيعُ بعضهِ ببعضٍ ، وكذٰلكَ الجَواهِرُ واللُّؤلؤُ لا مِثلَ لهُ ؛ لأَنَّه لا يُضبَطُ بالصِّفةِ ، والحَيَوانُ والثيابُ ليستْ مِنْ ذَواتِ الأَمثالِ ؛ لأَنَّها ليستْ بمكيلَةٍ ، ولا موزونَةٍ .

---

(١) الشُّرطِيُّ ـ واحد الشرطة ـ : حافظ أمن البلد والقائم على خدمة الشعب .
(٢) في (م) : (الظن) .

فرعٌ : [أتلف مغصوباً نتج مما لا مثل له] :

فإنْ غَصَبَ منهُ ما لَهُ مِثلٌ ، وٱتَّخذَ منهُ ما لا مِثلَ لهُ ، وتَلِفَ ، كالتمرِ إذا ٱتَّخذَ منهُ الخَلَّ بالماءِ ، والحِنطَةِ إذا جعلَها دقيقاً ، وقلنا : لا يجوزُ بيعُ بعضهِ ببعضٍ . . فقدْ قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : لزِمَهُ مِثلُ التمرِ ، والحِنطَةِ ؛ لأَنَّهُ أَقربُ إِلىٰ المغصوبِ .

قلتُ : وينبغي أَنْ يلزمَهُ أَكثرُ الأَمرينِ مِنْ مِثلِ الأَصلِ ، أَو قيمةِ الخَلِّ أَوِ الدقيقِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما عينُ مالهِ .

وإنْ غَصَبَ منهُ ما لا مِثلَ لهُ ، وٱتَّخذَ منهُ ما لَهُ مِثلٌ ، مثلُ أَنْ يغصبَ منهُ رُطَباً ، ويجعلَهُ تمراً ، فيَتلَفَ . . قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : لزمَهُ مِثلُ التمرِ ؛ لأَنَّهُ أَقربُ مِنْ قيمةِ المَغصوبِ .

قلتُ : وينبغي أَنْ يَنظُرَ إِلىٰ قيمةِ الرُّطَبِ : فإِنْ كانتْ قيمتُهُ أَكثرَ مِنْ قيمةِ التمرِ . . لزِمَهُ أَنْ يدفعَ معَ التمرِ ما نَقَصَ مِنْ قيمةِ الرُّطَبِ ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ في يدهِ .

وإنْ غَصَبَ منهُ ما لَهُ مِثلٌ ، وٱتَّخذَ منهُ ما لَهُ مِثلٌ وتَلِفَ ، بأَنْ يَغصِبَ منهُ سِمسِماً ، ويتَّخذَ منهُ شَيْرَجاً[١] فتَلِفَ . . فهوَ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يطالبَهُ بأَيِّ المِثلينِ شاءَ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما عَينُ مالهِ ، فإِنْ كانتْ قيمتُهما سواءً . . فلا كلامَ ، وإِنْ كانتْ قيمةُ الشَّيْرَجِ أَكثرَ ، وٱختارَ المالكُ الشَّيْرَجَ . . فلا شيءَ للغاصب لزيادةِ قيمتهِ بعملهِ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بهِ ، وإِنْ كانتْ قيمةُ الشَّيْرَجِ أَقلَّ ، فإِنِ ٱختارَ المالكُ المُطالبةَ بمثلِ السِّمسِمِ . . فلا شيءَ لهُ لنُقصانِ قيمتِهِ ؛ لأَنَّهُ قدْ وصلَ إِلىٰ جميعِ حقِّهِ ، وإِنِ ٱختارَ المُطالبةَ بمثلِ الشَّيْرَجِ . . فينبغي أَنْ يكونَ لهُ المطالبةُ بما نَقَصتْ قيمةُ الشَّيْرَجِ عَنْ قيمةِ السِّمسِمِ ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ بفعلهِ .

---

(١) الشيرج ـ معرب ـ : دهن السمسم ، ويقال للدهن الأبيض وللعصير قبل أن يتغير ؛ تشبيهاً به لصفائه .

فرعٌ : [أتلفَ مغصوباً له مثل] :

وإنْ غَصَبَ منهُ ما لهُ مِثلٌ ، وأَتلفهُ ، ولَمْ يوجدِ المِثلُ ، فإنْ قالَ المغصوبُ منهُ : أَنا أَصبرُ إِلىٰ أَن يوجدَ المِثلُ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهُ ، وإنْ قالَ : لا أَصبرُ . . كانَ لهُ أَنْ يطالبَ بالقيمةِ ؛ لأَنَّهُ إذا لَمْ يوجدِ المِثلُ . . صارَ كما لو لَمْ يكنْ لهُ مِثلٌ ، ومتىٰ تعتبرُ قيمتُهُ ؟ فيهِ أَربعةُ أَوجهٍ :

أحدُها ـ وهو قولُ أَبي إسحاقَ المروزيِّ ـ : أَنَّها تجبُ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغَصبِ إِلىٰ حينِ التلَفِ ؛ لأَنَّهُ لمّا أَتلفهُ ، ولَمْ يوجدْ لهُ مثلٌ . . صارَ كالذي لا مثلَ لهُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ القاضي أَبي الطيِّبِ ـ : أَنَّ قيمتَهُ تُعتَبرُ حينَ حَكَمَ الحاكمُ بِها ؛ لأَنَّ الواجبَ في الذمَّةِ هوَ المِثلُ ، بدليلِ : أَنَّهُ لو صبرَ إِلىٰ وجودِ المِثلِ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ أَخذِ القيمةِ ، فإذا تعذَّرَ المِثلُ . . ٱعتُبرتْ قيمتُهُ وقتَ الحُكمِ بها .

والثالثُ ـ وهوَ قولُ أَبي عليٍّ الطبريِّ ـ : أَنَّها تجبُ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ حينِ التقويمِ[1] ؛ لأَنَّ الواجبَ في الذمَّةِ هو المِثلُ ، فلمّا تعذَّرَ . . ٱعتُبرتْ قيمتُهُ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ حينِ التقويمِ ، كما تُعتَبرُ قيمةُ ما لا مِثلَ لهُ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ حينِ التلَفِ .

والرابعُ ـ وهوَ قولُ ٱبنِ القاصِّ ـ : أَنَّ قيمتَهُ تُعتَبرُ يومَ حَكمَ الحاكمُ بِها ، إلاَّ أَنْ يكونَ المِثلُ مِمّا ينقطعُ ، مثلَ عصيرِ العِنَبِ ، فتعتبرُ قيمتُهُ يومَ الانقطاعِ ؛ لأَنَّ بالانقطاعِ سَقَطَ المثلُ ، ووجبتْ قيمتُهُ ، والذي لا ينقطعُ ـ وإِنَّما يتعذَّرُ في موضعٍ دَونَ موضعٍ ـ لا يسقطُ فيهِ المِثلُ ، فٱعتُبرتْ قيمتُهُ يومَ المُحاكمةِ .

وإِنْ وَجدَ المثلَ بأَكثرَ مِنْ قيمتهِ . . فهلْ يَلزَمُهُ شراؤُهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، خرَّجهما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : لا يَلزَمُهُ شراؤُهُ ؛ لأَنَّ وجودَ الشيءِ بأَكثرَ مِنْ قيمتهِ بمنزلةِ المعدومِ ، كما قلنا في الرقَبةِ في الكفّارةِ .

---

(١) **التقويم** ، يقال : قوَّم السلعة : سعّرها وثمَّنها بتقدير قيمتها .

والثاني : يَلزَمُهُ ، كما لو لَمْ يَقدِرْ علىٰ رَدِّ العينِ المَغصوبةِ إلاَّ بأَكثَرَ مِنْ قيمتِها . . فإِنَّهُ يَلزَمُهُ تخليصُها .

وإذا دَفعَ الغاصبُ قيمةَ المِثلِ ، ثمَّ وَجدَ المثلَ بعدَ ذٰلكَ . . فهلْ لهُ أَنْ يَستردَّ القيمةَ ، ويَدفعَ المِثلَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٠٦] :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ؛ لأَنَّ ذِمَّتَهُ قدْ بَرِئتْ مِنهُ بدفعِ القيمةِ .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ، كما لو ذهبتِ العينُ المغصوبةُ ، فدفعَ قيمتَها ، ثُمَّ قَدَرَ علىٰ ردِّها .

مسأَلَةٌ : [خروج المغصوب من يد الغاصب] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رَجلٍ عيناً ، فخَرجتْ مِنْ يدهِ ، وتعذَّرَ عليهِ ردُّها ، بأَنْ كانَ عبداً ، فأَبَقَ ، أَو بهيمةً ، فضلَّتْ[1] . . فللمغصوبِ منهُ مُطالبةُ الغاصبِ بقيمتِها ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَهُ وبينَ مالهِ ، فصارَ كما لو تلِفتْ بيدِهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهٰذا إجماعٌ** ، فإذا قَبَضَ المغصوبُ منهُ القيمةَ . . مَلَكَها ؛ لأَنَّها بدَلُ عينِ مالِهِ ، ومِنْ شَرطِ البدَلِ أَنْ يقومَ مَقامَ المُبدَلِ ، فلمَّا كان المُبدَلُ مِلكاً لهُ . . فكذٰلكَ البدَلُ . هٰذا نقلُ الشيخِ أَبي حامدٍ .

وحكىٰ سهلٌ : أَنَّ القفَّال قالَ : لا يَملِكُ المغصوبُ منهُ القيمةَ ، بَلْ ينتفعُ بها وهي علىٰ ملكِ الغاصبِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لا يزولُ عَنِ العَينِ المغصوبةِ ، فلا يُجمعُ لهُ مِلكُ البدَلِ والمُبدَلِ ، **والأَوَّلُ هوَ المشهورُ** .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنَّ الغاصبَ لا يَملِكُ العينَ المغصوبةَ بدفعهِ لقيمتِها ، بَلْ إذا رَجعتِ العينُ المغصوبةُ . . وَجبَ عليهِ ردُّها ، وٱسترجعَ ما دَفعَ مِنَ القيمةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إذا دَفعَ الغاصبُ القيمةَ . . مَلكَ العينَ المغصوبةَ ، وزالَ ملكُ المغصوبِ عنها ، ثُمَّ يُنظَرُ فيهِ :

---

(١) ضلَّت ـ من الضالَّة ـ : كل ما ضاع وفُقد من المُحَسَّات والمعقولات .

فإنِ ٱتَّفقا علىٰ قدرِ قيمتِها ، أَو قامتْ بيِّنةٌ بقدرِ قيمتِها . . ٱستقرَّ ملكُ الغاصِبِ عليها .

وإنِ ٱختلفا في قَدرِ قيمتِها . . فالقولُ قولُ الغاصبِ معَ يمينهِ في قدرِها ، فإذا حلَفَ ، ودَفَعَ القيمةَ بيمينِهِ ، ثمَّ ظهرتِ العينُ المغصوبةُ ، فإنْ كانتْ قيمتُها مثلَ ما غرِمَ أو أقلَّ . . استقرَّ مِلكُهُ عليها ، وإنْ كانتْ أكثرَ . . كانَ المغصوبُ منهُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُقِرَّ حُكمَ المعاوضةِ ويُمسِكَ القيمةَ ، وبينَ أَنْ يَفسَخَ[1] ويَسترجِعَ العينَ المغصوبةَ ، ويَرُدَّ ما أَخَذَ مِنَ القيمةِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ غَرِمَ ما تعذَّرَ عليهِ ردُّهُ بخروجهِ مِنْ يدهِ ، فوَجبَ أَنْ لا يَملِكَ بهِ العينَ المغصوبةَ ، كما لو غَصَبَ منهُ مُدَبَّراً ، أَو أُمَّ ولدِهِ ، فأَبَقا .

فقولنا : (بخروجهِ مِنْ يدهِ) ٱحترازٌ مِمَّنْ غَصَبَ زيتاً ، فخلَطهُ بزيتٍ لهُ ، فغَرِمَ لهُ زيتَهُ . . فإنَّهُ يَملِكُ ما بقيَ في يدهِ مِنْ زيتهِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ تمييزُهُ منهُ بحالٍ ، ومِمَّنْ أَعتقَ شِقصاً لهُ مِنْ عَبدٍ وهوَ موسِرٌ ؛ لأَنَّ نصيبَ الشريكِ كالمستهلكِ ، ولأَنَّ العينَ المغصوبةَ في هٰذهِ الحالةِ لا يَصِحُّ للمالكِ بيعُها مِنَ الغاصبِ ، ولا مِنْ غيرهِ ، فلَمْ يَملِكْها الغاصبُ بدفعهِ لقيمتِها ، كما لو أَتلفَ لغيرهِ عَيناً ، فدَفعَ قيمتَها . . فإنَّهُ لا يَملِكُها ، ولأَنَّ المغصوبَ منهُ أَخَذَ البدَلَ لأَجلِ تعذُّرِ ردِّ العينِ ، لا لأَجلِ المُعاوضةِ ، إذْ لو كانتْ معاوضةً . . لثبتَ فيها خِيارُ المجلسِ ، والثلاثِ ، والشُّفعةِ ، ولكانَ إذا لَمْ يَرجعِ المغصوبُ إِلىٰ الغاصبِ . . أَنْ يَرجِعَ الغاصبُ علىٰ المغصوبِ منهُ بما دفعَ إِليهِ ، كما لو باعَ المغصوبُ منهُ العينَ المغصوبةَ مِمَّنْ يَقدِرُ علىٰ ٱنتزاعِها مِنَ الغاصبِ .

إذا ثبَتَ هٰذا : فإنَّ العينَ إذا رَجعتْ . . أَخذَها المغصوبُ منهُ بزيادتِها المتَّصلةِ والمنفصلةِ كما لو كانتْ باقيةً في يدِ الغاصبِ .

وإنْ كانَ لِمثلِها أُجرةٌ . . فلهُ أَنْ يطالبَهُ بأُجرتِها مِنْ حينِ غَصَبَها إِلىٰ أَنْ يأخذَ قيمتَها ، **بلا خلافٍ علىٰ المذهَبِ** ، وهلْ لهُ مطالبتُهُ بأُجرتِها مِنْ حينِ قَبَضَ قيمتَها إِلىٰ أَنْ قَبَضَ العينَ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في نسخة : (يفسخها) .

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ أَخذَ القيمةَ بدلاً عَنِ ٱنتفاعهِ بالعينِ ، فلَمْ يَستحِقَّ لأَجلِ منفعتِها أُجرةً .

والثاني : له ذٰلكَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الأُجرةَ إِنَّما لزِمَتْهُ ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَهُ وبينَ مِلكهِ بغيرِ حقٍّ ، وهٰذا المعنىٰ موجودٌ بعدَ أَخذِ القيمةِ .

ويَسترجِعُ الغاصبُ القيمةَ التي دفَعها إِنْ كانتْ باقيةً ، وإِنْ كانَ للقيمةِ زيادةٌ منفصلةٌ ، بأَنْ دفعَ عنِ القيمةِ حَيَواناً ، فنُتِجَ في يدِ المغصوبِ منهُ ، أَو شجرةً ، فأَثمرتْ. . رجعَ الغاصبُ إِلىٰ الأَصلِ دونَ النِّتاجِ والثمرةِ ؛ لأَنَّها زيادةٌ متميِّزةٌ حدثتْ في مِلكِ المغصوبِ منهُ ، فمَلَكَها ، كما نقولُ في الردِّ بالعيبِ ، وإِنْ كانتِ الزيادةُ متَّصلةً ، بأَنْ سَمِنَ الحَيَوانُ ، أَو طالتِ الشجرةُ. . رجَعَ فيها معَ زيادتِها ، كما قلنا في الردِّ بالعيبِ ، وإِنْ ظهرَ على المغصوبِ منهُ دينٌ يَستغرِقُ مالَهُ. . كانَ الغاصبُ أَحقَّ بما دَفعَ مِنَ القيمةِ دونَ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّها عينُ مالهِ ، وإِنْ تَلِفَ ما دفعَ الغاصبُ مِنَ القيمةِ في يدِ المغصوبِ منهُ. . رجعَ الغاصبُ إِلىٰ مثلهِ إِنْ كانَ لهُ مِثلٌ ، وإِلىٰ قيمتهِ إِنْ لَمْ يكنْ لهُ مِثلٌ .

مسأَلةٌ : [تغيير صفة المغصوب] :

وإِنْ غَصَبَ شيئاً ، فغيَّرَهُ عَنْ صفتهِ ، بأَنْ كانَ حِنطةً ، فطحَنها ، أَو دقِيقاً ، فخبَزَهُ ، أَو شاةً ، فذبَحها. . فإِنَّ مِلكَ المغصوبِ منهُ لا يزولُ عنهُ ، ويَلزَمُ الغاصبَ أَنْ يردَّهُ ناقِصاً وما نَقَصَ مِنْ قيمتِهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : للمغصوبِ منهُ أَنْ يتركَ الدقيقَ للغاصبِ ، ويطالبَهُ بمِثلِ الحنطةِ ؛ لأَنَّها أَقربُ إِلىٰ حقِّهِ مِنَ الدقيقِ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ عينَ مالهِ باقيةٌ ، فلا يملِكُ المطالبةَ بغيرِها ، كالشاةِ إِذا ذبَحها . **هٰذا مذهَبُنا** .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا تغيَّرَ ٱسمُ المغصوبِ ، ومنفعتُهُ المقصودةُ بفعلِ الغاصبِ. . ملَكَهُ الغاصبُ ، وضَمِنَ قيمتَهُ للمغصوبِ منهُ ، وذٰلكَ كالحنطةِ إِذا طحَنها ؛ لأَنَّ ٱسمَها

قدْ زالَ ؛ لأنَّها لا تَصلُحُ للزراعةِ ، ولا للهَريسِ ، وهٰكذا : إذا كانَ دقيقاً ، فخبَزَهُ ، أو كانَ المغصوبُ شاةً ، فذبحَها وشواها ، أو نُقرةً ، فطبَعَها دراهمَ . . فإنَّهُ يَملِكُ ذٰلكَ كلَّهُ ، إلاَّ أنَّهُ يُكرَهُ لهُ التصرُّفُ فيهِ قبلَ دفعِ القيمةِ إلىٰ مالكهِ) .

وحكىٰ ٱبنُ جريرٍ ، عَنْ أَبي حنيفةَ : أنَّهُ قالَ : (إذا دخلَ لِصٌّ دارَ رجلٍ ، ولصاحبِ الدارِ فيهِ حِنطةٌ ورَحىً ، فأخذَ اللِّصُّ مِنَ الطعامِ ، وطحَنهُ في الرَّحىٰ . . فإنَّهُ يَملِكُ الدقيقَ ، فإنْ جاءَ صاحبُ الطعامِ ، وأَرادَ أخذَهُ منهُ . . كانَ لهُ منعُهُ ودفعُهُ ، فإذا لَمْ يَمتنِعْ صاحبُ الدارِ عنِ اللِّصِّ إلاَّ بالقتلِ ، فقتَلهُ اللِّصُّ . . فلا شيءَ عليهِ) . وٱحتجَّ بما رُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ زارَ قوماً مِنَ الأنصارِ في دارِهِمْ ، فقدَّموا إليهِ شاةً مشويَّةً ، فتناولَ منها لُقمةً ، فجعلَ يَلوكُها ولا يَسوغُها ، فقالَ : « إِنَّ هٰذِهِ ٱلشَّاةَ لَتُخْبِرُنِي : أَنَّها أُخِذَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ » . قالوا : نَعمْ يا رسولَ اللهِ ، طَلَبْنا في السوقِ ، فلَمْ نَجِدْ ، فأخذنا شاةً لبعضِ جيرانِنا ، ونحنُ نُرضيهِمْ عَنْ ثَمَنِها ، فقالَ ﷺ : « أَطْعِمُوْهَا ٱلأَسْرَىٰ »[1] . وهٰذا يدلُّ علىٰ : أَنَّ حقَّ أَصحابِها قد ٱنقطعَ عنها ، إذْ لَمْ يَأمُرْهُمْ بردِّها إليهِمْ .

ودليلُنا : قولُهُ ﷺ : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ » .

وقالَ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » .

ولأنَّهُ مغصوبٌ ، غيَّرهُ الغاصِبُ بفعلٍ تعدّىٰ بهِ ، فلَمْ يَملِكْهُ بهِ ، كما لو غصَبَ شاةً ، وذبَحها ، ولَمْ يَشوِها . وأمَّا الخبرُ : فتأويلُهُ : أنَّ الأَسرىٰ كانوا مضطرينَ ، فأَمَرهمْ بدفعِها إليهمْ ؛ لأنَّ أَصحابَها كانوا غيرَ موجودينَ ، ويُخافُ فسادُها قبلَ وصولِها إليهمْ .

---

(١) أخرجه مطولاً من طريق كليب بن شهاب عن رجل من الأنصار أحمد في « المسند » (٥/ ٢٩٣ـ٢٩٤) ، وأبو داود (٣٣٣٢) في البيوع ، ولم يضعفهُ ، وفيه : « أطعميه الأسارىٰ » ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٨٥ و ٢٨٦) في الصيد والأطعمة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٥/ ٣٣٥) في البيوع . وفي الباب :

أورده عن أبي موسى الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٤/ ١٧٦) بنحوه ، ونسبه للطبراني في « الكبير » و « الأوسط » ، وقال : فيه بشر المريسي ، وهو ضعيف .

فرعٌ : [تأثر المغصوب بالبلَلِ] :

وإنْ غَصَبَ حِنطةً ، فبلَّها بالماءِ ، أو تركَها في موضعٍ نَدِيٍّ[1] ، فعَفِنَتْ[2] . . نظرتَ :

فإنْ كانَ قدِ ٱستقرَّ نُقصانُها ، بأنْ جفَّفها ، وعَلِمَ أنَّها لا تَنقُصُ بعدَ ذٰلكَ . . لزِمَهُ ردُّها وأَرْشُ ما نَقَصتْ عنده ؛ لأنَّها نقصتْ بفعلهِ .

وإنْ لَمْ يَستقِرَّ نُقصانُها ، بأنْ يزدادَ كلَّ يومٍ . . **فالمنصوصُ** في « الأُمِّ » : (أنَّ للمغصوبِ منهُ مِثلَ مكيلتِها) . وقالَ الربيعُ : فيهِ قولٌ آخَرُ : (أنَّهُ يأخذُها ، وما نَقَصَ مِنْ قيمتِها) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ طريقينِ :

فـ[**الأوّل**] : قالَ أبو العبّاسِ ابنُ سُريجٍ : يَلزَمُ الغاصبَ مثلُ مكيلتِها مِنْ مِثلِها ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ النقصَ غيرُ مستقِرٍّ ؛ لأنَّهُ يتزايدُ كلَّ يومٍ .

و[**الطريقُ الثاني**] : منهمْ مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يَلزَمُ الغاصِبَ مِثلُ مكيلتِها مِنْ مثلِها ؛ لِمَا ذكرناهُ .

والثاني : يَردُّ الطعامَ المبلولَ وما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ في الحالِ ، وفيما بعدُ ؛ لأنَّهُ وَجدَ عينَ مالهِ ، فرجَعَ إليهِ ، كالشاةِ إذا ذُبِحتْ .

فأمّا إذا عَفِنَ الطعامُ في يدِ الغاصبِ لطولِ المُكثِ . . فقالَ الشيخُ أبو حامدٍ : هوَ كالطعامِ الذي بلَّهُ علىٰ ما مضىٰ .

وقالَ القاضي أبو الطيِّبِ : يجبُ علىٰ الغاصبِ ردُّ الطعامِ الذي غَصَبَهُ وإنْ كانَ عَفِناً وأَرْشُ ما نَقَصَ ، قولاً واحداً ، وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ؛ لأنَّ العَفَنَ ليسَ مِنْ فعلهِ ، فلا يَضمَنُ ما تولَّدَ منهُ ، بخلافِ البَللِ ، فإنْ قيلَ : فالعَفَنُ مضمونٌ عليهِ لوجودهِ في

---

(١) نديّ : مأخوذ من النَّدىٰ ، وأصله المطر والبلل ، وجمعه : أنداء ، وهو مقصور .

(٢) عَفِن : فسد وتغير .

يدهِ ، كالبللِ الذي حصَلَ بفعلهِ ، فكانَ ما تولَّدَ منهما سواءً في الضمانِ ، أَلاَ ترىٰ أنَّهُ لوِ ٱبتلَّ بماءِ المطرِ ، أَو بلَّهُ غيرُهُ . . كانَ كما لو بلَّهُ بنفسهِ ؟

فالجوابُ علىٰ هٰذا : أَنْ يقالَ : النقصُ الذي حصَلَ بالبَللِ إِذا زادَ وكثُرَ . . فإِنَّما حصَلَ متولِّداً منهُ ، فأَمّا العَفَنُ : فإِنَّما يزيدُ ببقائهِ ، أَو بمُكثهِ في يدهِ ، كما أَنَّ الأَوَّلَ حصَلَ بذٰلكَ ، لا أَنَّ[1] بعضَهُ يولِّدُ بعضاً ، فٱفترقا .

فرعٌ : [خلط الدراهم المغصوبة] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ أَلفَ درهمٍ ، ومِنْ آخَرَ أَلفاً أُخرىٰ ، وخلَطَهما ، ولَمْ يَتميَّزا . . صارا شريكينِ في ذٰلكَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَملِكُها الغاصبُ ، ويجبُ عليهِ لكلِّ واحدٍ منهما مثلُ دراهمهِ) . وبناهُ علىٰ أَصلهِ في تغييرِ المغصوبِ .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا فعلٌ تغيَّر بهِ المغصوبُ علىٰ وجهِ التعدِّي ، فلا يَملِكُهُ ، كما لو ذَبحَ الشاةَ .

مسأَلةٌ : [نقص المغصوب شيئاً له بدل] :

وإِنْ غَصَبَ عبداً ، فخَصَاهُ ، وبَرِئَ ، فزادتْ قيمتُهُ بذٰلكَ ، أَو لَمْ تَنقُصْ قيمتُهُ . . لَزِمَهُ ردُّ العبدِ وردُّ قيمتهِ[2] ؛ لأَنَّ الأُنثيينِ[3] مضمونتانِ مِنَ الحُرِّ بالدِّيةِ ، ومِنَ العبدِ بالقيمةِ .

وإِنْ غَصَبَ جاريةً سمينةً سِمَناً مُفْرِطاً ، فخَفَّ سِمَنُها في يدهِ ، ولَمْ تَنقُصْ قيمتُها بذٰلكَ ، أَو زادتْ قيمتُها بذٰلكَ . . لزِمَهُ ردُّ الجاريةِ ، ولا يَلزَمُهُ مَعَها شيءٌ ؛ لأَنَّ السِّمَنَ مضمونٌ بما نَقصَ مِنْ قيمتِها ، ولَمْ ينقُصْ منها شيءٌ ، بخلافِ التي قبلَها ؛ لأَنَّ للأُنثيينِ بدلاً مقدَّراً .

---

(١) في نسخة : (لأن) .
(٢) يعني : أرش نقصه .
(٣) **الأنثيان** : الخصيتان .

فرعٌ : [تغيير صفة المغصوب] :

إذا غَصَبَ مِنْ رجلٍ صاعاً مِنْ زيتٍ أو دُهنٍ غيّرهُ ، فأغلاهُ[1] علىٰ النارِ ، فإنْ لَمْ يَنقُصْ شيءٌ مِنْ مَكيلَتهِ ، ولا مِنْ قيمتهِ بالإغلاءِ . . ردَّهُ ، ولا شيءَ عليهِ ؛ لأنَّهُ لَمْ يُتلِفْ شيئاً مِنْ مالهِ .

وإنْ نَقَصَ مِنْ مَكيلَتهِ وقيمتهِ ، بأنْ كانتْ قيمةُ الصاعِ قَبلَ الإغلاءِ أربعةَ دراهمَ ، فعادَ بعدَ الإغلاءِ إلىٰ نصفِ صاعٍ قيمتُهُ درهَمٌ . . لزِمَهُ نِصفُ صاعٍ مِنْ مثلِهِ ؛ لأنَّهُ أتلفَ عليهِ عينَهُ ، ولزِمَهُ درهَمٌ أَرْشُ نقصِ الباقي ؛ لأنَّهُ نَقَصَ بفعلهِ .

وإنْ نَقَصتْ قيمتُهُ دونَ مَكيلَتهِ ، بأنْ تغيَّرَ طعمُهُ ، أو ريحُهُ بالإغلاءِ وهوَ صاعٌ ، إلاَّ أنَّهُ صارَ يساوي درهمينِ . . لزِمَهُ ردُّهُ وردُّ درهمينِ ؛ لأنَّ قيمتَهُ نَقَصتْ بفعلهِ .

وإنْ نَقَصَتْ مَكيلَتُهُ دونَ قيمتهِ ، بأنْ عادَ بعدَ الإغلاءِ إلىٰ نَصفِ صاعٍ ، وقيمتُهُ أربعةُ دراهمَ كما كانتْ قَبلَ الإغلاءِ . . لزِمَهُ أنْ يَردَّ نِصفَ الصاعِ الذي قدْ بقيَ ، ونِصفَ صاعٍ مِنْ مِثلهِ قَبلَ الإغلاءِ ؛ لأنَّهُ تَلِفَ بفعلهِ .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٠٥] وجهاً آخَرَ : أنَّ النقصَ ينجبرُ بزيادةِ قيمةِ الباقي . **والأوَّلُ أصحُّ** ؛ لأنَّهُ زادَ بعملِ الغاصبِ ، وذٰلكَ أثرٌ لا عينَ لهُ فيهِ .

وإنْ غَصَبَ صاعاً مِنْ عصيرٍ يساوي أربعةَ دراهمَ ، فأغلاهُ بالنارِ ، فإنْ لَمْ تَنقُصْ قيمتُهُ ، ولا مَكيلَتُهُ . . ردَّهُ ولا شيءَ عليهِ ، كما قلنا في الزيتِ . وإنْ نَقَصتْ قيمتُهُ دونَ مَكيلتِهِ ، بأنْ صارَ يساوي درهمينِ . . لزِمَهُ ردُّهُ وردُّ درهمينِ ؛ لأنَّهُ نَقَصَ بفعلهِ .

وإنْ عادَ إلىٰ نِصفِ صاعٍ ، وقيمتُهُ أربعةُ دراهمَ كقيمتهِ قَبلَ الإغلاءِ ، فإنْ قلنا : بالوجهِ الذي حكاهُ المسعوديُّ في الزيتِ : أنَّهُ يردُّ ما بقيَ ، ولا شيءَ عليهِ . . فهاهُنا يَردُّ مثلَهُ ، وإنْ قلنا بالأصحِ بالزيتِ . . فهاهُنا وجهانِ :

أحدُهما ـ وهو قولُ أبي عليٍّ الطبريِّ ـ : أنَّهُ يَلزَمُهُ ردُّ ما بقيَ ، ويَلزَمُهُ نِصفُ صاعِ عصيرٍ ، كما قلنا في الزيتِ .

---

(١) أغلاه : أي أذابه وسلأَهُ ، وذٰلكَ قد يَنقُص قيمتَه .

والثاني ـ وهو قولُ أَبي العبّاسِ ، ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » غيرَهُ ـ : أَنَّهُ يَردُّ ما بقيَ مِنَ العصيرِ ، ولا شيءَ عليهِ . والفرقُ بينَهما : أَنَّ الزيتَ لا يخالطهُ شيءٌ ، فإذا نَقَصتْ مَكيلَتُهُ . . فقد نَقَصَ جُزءٌ مِنْ عينِ مالِهِ ، ولهُ قيمةٌ ، فلزِمَهُ ردُّ مثلِهِ ، وليسَ كذلكَ العصيرُ ، فإنَّهُ لا يَنقُصُ بالإغلاءِ شيءٌ مِنْ أَجزائهِ ، وإنَّما يَذهبُ الماءُ الذي فيهِ ، وذلكَ لا قيمةَ لهُ ، وأَمّا أَجزاؤُهُ : فهيَ باقيةٌ ، وإنَّما ٱنعقدَتْ ، ولهذا تَزيدُ حلاوتُهُ ، فلَمْ يَلزَمْهُ شيءٌ .

فرعٌ : [اغتصب أنواع طعام فطبخها] :

وإنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ عسَلاً ، وسَمناً ، ودقيقاً ، فعمِلَهُ خبيصاً[1] ، فإنْ لَمْ تَزِدْ قيمةُ الجميعِ ، ولَمْ تنقُصْ . . أَخَذهُ المغصوبُ منهُ ، ولا شيءَ للغاصبِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُتلِفْ شيئاً مِنْ مالهِ ، وإنْ زادتْ قيمةُ ذلكَ . . أَخَذهُ المغصوبُ منهُ ، ولا شيءَ للغاصبِ ؛ لأَنَّهُ زادَ بأَثرٍ لا عينَ لهُ فيهِ ، فيشاركُ بِها ، وإنْ نَقَصتْ قيمتُهُ . . أَخذَهُ المغصوبُ منهُ وما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ بفعلِ الغاصبِ .

فرعٌ : [اغتصب فضة فسكّها] :

وإنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ نُقرةً ، وضربَها دراهمَ ، فإنْ لَمْ تَنقُصْ قيمتُها بذلكَ ، ولا وزنُها . . ردَّها ، ولا شيءَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَتلَفْ شيءٌ مِنْ مالِهِ .

وإنْ نَقَصَ وزنُها ، ولَمْ تَنقُصْ قيمتُها . . لزِمَهُ ردُّ ما بقيَ ، وردُّ قيمةِ ما نَقَصَ ، ولا شيءَ للغاصبِ بزيادةِ الباقي ؛ لأَنَّهُ زادَ بأَثرٍ لا عينَ لهُ فيهِ .

وإنْ نَقَصَ مِنْ قيمتِها ووزنِها . . لزِمَهُ قيمةُ ما نَقَصَ وزنُهُ ، وأَرْشُ ما نَقَصَ مِنَ الباقي ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ بفعلهِ .

---

(١) **الخبيص** : طعام حلو يتخذ من خليط السمن والعسل أو التمر مع الدقيق بعد طبخه . وخبص ـ من باب ضرب ـ : خلط .

وإنْ نَقَصَ مِنْ قيمتِها ، ولَمْ يَنقُصْ وزنُها . . لزِمَهُ ردُّها وما نَقَصَ مِنْ قيمَتِها ؛ لأنَّهُ نَقَصَ بفعلِهِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنْ أرادَ الغاصبُ سَبْكَ هٰذهِ الدراهمِ ، وإعادتَها نُقرةً كما كانتْ ، وآمتنعَ المغصوبُ منهُ مِنْ ذٰلكَ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإنْ كانَ للغاصبِ غَرَضٌ في ذٰلكَ ، بأنْ كانتْ أنقصَ مِنْ عيارِ[1] السلطانِ ، أو سِكَّتُها مخالفةً لسِكَّةِ السلطانِ . . كانَ للغاصبِ إعادتُها ؛ لأنَّ لهُ غَرضاً ، وهوَ خوفُ غَضَبِ السلطانِ ؛ لأنَّ الضربَ إليهِ ، وإنْ لَمْ يكنْ لهُ غَرضٌ في ذٰلكَ . . لَمْ يكنْ لهُ المطالبةُ بذٰلكَ .

مسألةٌ : [غصب ثوباً فشقه] :

وإنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ ثوباً ، فشقَّهُ نصفينِ ، فإنْ كانَ مِنَ الثيابِ التي لا تَنقُصُ قيمتُها بالشَّقِّ . . ردَّ النصفينِ ، ولا شيءَ عليهِ ؛ لأنَّ ما فعلهُ لَمْ يحصُلْ بهِ نقصٌ ، وإنْ كانَ مِنَ الثيابِ التي تَنقُصُ قيمتُها بالشَّقِّ . . ردَّ النصفينِ وأرشَ ما نقصَ بالشقِّ ؛ لأنَّهما نقصا بفعلِهِ[2] .

فإنْ تَلِفَ أَحدُ النصفينِ بيدِهِ ، ونَقَصتْ قيمةُ النصفِ الباقي ، بأنْ كانَ الثوبُ يساوي قَبلَ الشقِّ مئةَ درهمٍ ، فصارَ النصفُ الباقي يساوي أَربعينَ درهماً . . لزِمَهُ قيمةُ التالفِ ، وهوَ خمسونَ درهماً ، وما نَقَصَ مِنْ قيمةِ الباقي[3] ، وهوَ عشَرةٌ ؛ لأنَّهُ نَقَصَ بجنايتهِ عليهِ ، فإنْ صارتْ قيمةُ هٰذا النصفِ الباقي ستّينَ بعدَ أنْ كانتْ أربعينَ ، ثُمَّ تَلِفَ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : لزِمَهُ قيمةُ النصفِ الأوَّلِ ، وهوَ خمسونَ ، وأَرشُ ما نَقَصَ مِنْ قيمةِ النصفِ الثاني ، وهوَ عشرةٌ ، وقيمتُهُ أكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغصبِ إلىٰ أنْ تَلِفَ ، وهوَ ستُّونَ ؛ لأنَّ العَشرةَ الأُولىٰ نَقَصتْ بجنايتهِ عليهِ ، ثُمَّ حدثتْ زيادةٌ في قيمتهِ ، فكانتْ مضمونةً عليهِ .

---

(١) **العيار** : ما اتخذ أساساً للمقارنة والتقدير ، وعيار النقود : مقدار ما فيها من المعدن الخالص المعدود أساساً بالنسة لوزنها . تجمع على : عيارات .

(٢) كقصِّ لُفافةٍ كاملةٍ من القماش مختلفة الطول ، فقد يحصل فيها تلف جزء منها ، فتذهب قيمته .

(٣) أي : القطعة المتبقية ذات القيمة .

فرعٌ : [تلف أحد الخفين بيدِ الغاصبِ] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ زوجُ خُفٍّ يساوي عشَرةَ دراهمَ ، وكلُّ واحدٍ منهما يساوي منفرداً دِرهمينِ ، فغَصَبَ رجلٌ أَحدَهما ، فأَتلفَهُ ، أَو تَلِفَ في يدهِ . . فكمْ يَضمَنُ ؟ فيه ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : لا يَلزَمُهُ إِلاَّ درهمانِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَحصُلْ في يدِ الغاصبِ إِلاَّ ما قيمتُهُ درهمانِ ، فلا يَلزَمُهُ أَكثرُ منهُ .

والثاني ـ حكاهُ القاضي أَبو الطيِّبِ ـ : لا يَلزَمُهُ إِلاَّ خمسةُ دراهمَ ؛ لأَنَّ الغصبَ إِنَّما وُجِدَ منهُ في الذي أَخذَهُ ، وكانتْ قيمتُهُ حينَ الغصبِ خمسةَ دراهمَ ، فنَقَصتْ قيمتُهُ ثلاثةً بإِفرادهِ عَنْ صاحبهِ ، وتَلِفَ وقيمتُهُ درهمانِ ، فلزِمَهُ ذٰلكَ ، فأَمّا الذي لَمْ يَغصِبْهُ : فلا صُنعَ لهُ فيهِ .

والثالثُ ـ وهوَ قولُ أَبي العبّاسِ ، **وعامَّةِ أَصحابِنا** ، **وهو الصحيحُ** ـ : أَنَّهُ يَلزَمُهُ ثمانيةُ دراهمَ ؛ لأَنَّ النقصَ دخلَ عليهما بتفريقهِ بينَهما ، فلزِمَهُ ضمانُ الجميعِ ، كما لو قَطعَ كُمَّ قميصٍ لرجلٍ . . فإِنَّهُ يَلزَمُهُ ما نَقَصَ مِنْ قيمةِ القميصِ بذٰلكَ ، وما قالَ الأَوَّلانِ مِنْ أَنَّ الغصبَ لَمْ يوجدْ إِلاَّ بأَحدِ الخُفَّينِ . . يَبطُلُ بمَنْ قَطعَ أُصبُعَ رجلٍ ، فشُلَّتْ إِلىٰ جنبِها أُخرىٰ . . فإِنَّهُ يَلزَمُهُ ضمانُهما وإِنْ لَمْ يوجدْ منهُ الفعلُ إِلاَّ بإِحداهُما ، وبرجُلينِ[1] بينَهما عبدٌ نصفينِ ، فأَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ منهُ ، وهوَ موسرٌ ، وقيمةُ نصيبِ الشريكِ الذي لَمْ يُعتِقْ قَبلَ إِعتاقِ شريكهِ مئةٌ ، وبعدَ إِعتاقهِ تسعونَ . . فإِنَّهُ يَلزَمُ المُعتِقَ مئةٌ .

فإِنْ قيلَ : أَليسَ العبدُ لو كانَ إِذا بيعَ جملةً يساوي ثلاثَ مئةِ درهَمٍ ، وإِذا بيعَ كلُّ نِصفٍ منهُ منفرداً يساوي مئةً ، فأَعتقَ أَحدُهما نصيبَهُ ، وهوَ موسرٌ . . لزِمَهُ مئةٌ ، ولا يَلزمُهُ مئةٌ وخمسونَ ، فيكونُ النُّقصانُ الحادثُ بإِفرادِ أَحدِ النِّصفينِ عنِ الآخرِ غيرَ مضمونٍ عليهِ ، فهلاَّ كانَ في الخُفِّ مثلُهُ ؟

---

(١) أي : ويبطل برجلين .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فالفرقُ بينَهما : أَنَّ مالكَ نِصفِ العبدِ لا يَملِكُهُ إلاَّ ناقصَ القيمةِ ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ بيعَ نصيبِ شريكهِ ، وليسَ كذٰلكَ الخُفّانِ ، فإنَّ صاحبَهما يَملِكُ بيعَهما ، واستيفاءَ جميعِ العشَرةِ مِنْ ثَمنِهما ، وإنَّما النُّقصانُ حصلَ بفعلِ الغاصبِ ، فإنْ كانا بحالِهما ، ودخلَ سارقٌ إلىٰ حرزِ مالكِ الخُفَّينِ ، فسَرقَ أَحدَهما . . ففي قدرِ الضمانِ ما ذكرناهُ ، ولا يختلفُ أَصحابُنا : أَنَّهُ لا يجبُ عليهِ القطعُ ؛ لأَنَّ ما ضَمِنَهُ ممّا زادَ علىٰ درهمينِ . . إنَّما ضَمِنَهُ في ذِمَّتهِ ؛ لأَجلِ التفريقِ بينَهما ، وما ضَمِنَهُ في ذمَّتهِ . . لا يجبُ بهِ القطعُ عليهِ ، كما لو دخلَ حِرزَ الرجلِ ، وأَتلفَ عليهِ مالاً .

مسأَلةٌ : [استعمال مغصوب له أجرة] :

وإنْ غصَبَ ثوباً ، فلبِسهُ مُدَّةً لمِثلِها أُجرةٌ ، فنَقَصتْ أَجزاؤُهُ باللُّبسِ . . لزِمَهُ ردُّ الثوبِ ، وما الذي يُرَدُّ معَهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يَلزَمُهُ أَكثرُ الأَمرينِ مِنْ أَرْشِ ما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ ، أَو قدرِ الأُجرةِ ؛ لأَنَّ الأُجرةَ تجبُ لأَجلِ المنفعةِ ، والنقصَ حصَلَ بالانتفاعِ ، فلَمْ يجبِ الأَمرانِ ، كما لو استأجرَ ثوباً ، ولبِسَهُ ، ونَقَصتْ أَجزاؤُهُ باللُّبسِ .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : يجبُ عليهِ أَرْشُ ما نَقَصَ ، والأُجرةُ ؛ لأَنَّ الأَرْشَ وجَبَ لحصولِ النُّقصانِ ، بدليلِ : أَنَّهُ لو نَقَصَ بغيرِ استعمالٍ . . لوجبَ عليهِ الأَرْشُ ، والأُجرةُ وَجَبتْ لأَجلِ الاستعمالِ ، بدليلِ : أَنَّ الأُجرةَ تجبُ إذا قامَ في يدهِ مدَّةً لمِثلِها أُجرةٌ وإنْ لَمْ يَستعمِلْهُ ، وقد وُجِدَ الأَمرانِ ، فلزِمَهُ ضمانُهما .

فرعٌ : [ارتفاع ثمن المتاع المغصوب ثم نقصه] :

وإن غَصَبَ قميصاً قيمتُهُ عشَرةُ دراهمَ ، فلبِسَهُ وأَبلاهُ حتّىٰ صارتْ قيمتُهُ خمسةَ دراهمَ ، ثُمَّ زادَ السعرُ ، فصارَ باللُّبسِ يساوي عشَرةً . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ ابنُ الحدّادِ : يُقوَّمُ ، وليسَ بلَبيسٍ في هٰذا الوقتِ ، ثُمَّ يقوَّمُ لَبيساً ، فيَلزَمُهُ ما بينَ القيمتينِ .

فعلىٰ هٰذا : يَلزَمُهُ أَنْ يدفعَ معَ القميصِ عشَرةً ؛ لأَنَّهُ لو كانَ غيرَ لَبيسٍ في هٰذهِ الحالةِ . . لكانتْ قيمتُهُ عشرينَ ، وقيمتُهُ الآنَ عشَرةٌ ، فلزِمَهُ عشَرةٌ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أكثرِ أَصحابِنا ، قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **وهوَ الصحيحُ** ـ : أَنَّهُ يَلزَمُهُ أَنْ يردَّ معَ القميصِ خمسةً لا غيرَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ هو القدرُ الذي تَلِفَ باللُّبسِ ، وزيادةُ السعرِ بعدَ تلَفِ الأَجزاءِ لا ٱعتبارَ بها ، كما لو غصَبَ قميصاً قيمتُهُ عشَرةٌ ، فتَلِفَ ، ثُمَّ زادَ السعرُ ، فصارَ القميصُ يساوي عشرينَ . . فإِنَّهُ لا يَلزَمُهُ إِلاَّ عشَرةٌ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

وإِنْ غصَبَ قميصاً يساوي عشَرةً ، فزادَ السعرُ ، فصارَ يساوي عشرينَ ، فلبسهُ وأَبلاهُ حتّىٰ صارَ يساوي عشرةً . . لزِمَهُ ردُّهُ ، ويَردُّ معهُ عشرةً ؛ لأَنَّ زيادةَ السعرِ مضمونةٌ معَ التلَفِ .

وإِنْ غَصبَهُ ، وهوَ يساوي عشَرةً ، فلبِسَهُ وأَبلاهُ حتّىٰ صارَ يساوي خمسةً ، ثُمَّ نَقَصَ السعرُ ، فصارَ جديدُهُ يساوي خمسةً ، ولبيسُهُ يساوي دِرهمينِ ونصفاً . . لزِمَهُ ردُّ ما بقيَ مِنَ القميصِ ، ولزِمَهُ أَنْ يَردَّ معهُ خمسةً ، وهي قيمةُ ما تَلِفَ في يدهِ ، ولا ٱعتبارَ بالنُّقصانِ الذي حدثَ بعدَ تلَفِ الأَجزاءِ .

مسأَلةٌ : [غصب سمينة فهزلت] :

إِذا غَصَبَ جاريةً سمينةً ، ثُمَّ هُزِلَتْ[1] في يدهِ . . ردَّها ، وأَرْشَ ما نَقَصَ بالهُزالِ في يدهِ بلا خلافٍ ، وقد مضىٰ . فأَمّا إِذا غَصَبَ جاريةً مهزولةً ، فسَمِنتْ في يدِهِ ، ثُمَّ هُزِلتْ ، أَو تعلَّمتْ في يدهِ قرآناً ، أَو عِلماً ، أَو شِعراً ، أَو صَنعةً ، فزادتْ قيمتُها بذٰلكَ ، فسَمِنَتْ ، فنَقَصتْ قيمتُها بذٰلكَ . . ردَّها ، ولزِمَهُ أَرشُ ما نَقَصتْ ، وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (لا يجبُ عليهِ أَرْشُ ما نَقَصتْ ، إِلاَّ أَنْ يطالبَهُ بِرَدِّها في حال زيادتِها ، فلا يَردَّها) .

---

(١) **هُزِلَتْ الدابّة** : علىٰ ما لم يسم فاعله ، هزالاً ، وهَزَلها صاحبها ، من باب ضرب . والهزال : نقيض السِّمَن .

دليلُنا : أنَّها زيادةٌ في العينِ المغصوبةِ ، فضَمِنَها الغاصبُ ، كما لو طالبَ بردِّها ، فلَمْ يَردَّها ، ولأنَّ ٱستدامةَ الغصبِ كٱبتدائهِ ، والغاصبُ في كلِّ حالٍ مأمورٌ بردِّ العينِ المغصوبةِ ، فإذا لَمْ يردَّها . . كانَ بمنزلةِ المبتدىءِ للغصبِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا غَصَبها وهي تساوي مئةً ، فسَمِنتْ في يدِهِ ، وبَلغتْ قيمتُها أَلفاً ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، وعادتْ قيمتُها إِلىٰ مئةٍ . . لزِمَهُ ردُّها ، ويَردُّ معَها تِسعَ مئةٍ ؛ لأَجلِ نَقصِ السِّمَنِ ، فإِنْ كانتْ بحالِها ، فسَمِنتْ ، فبَلغتْ قيمتُها أَلفاً ، وتعلَّمتْ صنعةً ، فبلَغتْ قيمتُها أَلفينِ ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، ونسيتِ الصنعةَ ، فعادتْ قيمتُها إِلىٰ مئةٍ . . فإِنَّهُ يَردُّها ، ويَردُّ معها أَلفاً وتِسعَ مئةٍ ، فإِنْ بَلغتْ بالسِّمَنِ أَلفاً ، فهُزِلَتْ ، وعادتْ قيمتُها إِلىٰ مئةٍ ، ثُمَّ تعلَّمتْ صَنعةً ، فبَلغتْ أَلفاً ، ثمَّ نسيَتْها ، فعادتْ إِلىٰ مئةٍ . . ردَّها ، وأَلفاً وثمانيَ مئةٍ ؛ لأَنَّها نَقَصتْ بالهُزالِ تِسعَ مئةٍ ، وبنسيانِ الصنعةِ تِسعَ مئةٍ .

وإِنْ غَصَبها وهيَ تساوي مئةً ، فزادَ السعرُ ، فصارتْ تساوي أَلفاً ، ثُمَّ نَقَصَ السعرُ ، فصارتْ تساوي مئةً ، ثُمَّ سَمِنتْ ، فصارتْ تساوي أَلفاً ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، فصارتْ تساوي مئةً . . لزِمَهُ ردُّها وتِسعُ مئةٍ ، وهوَ قيمةُ السِّمَنِ ، لا زيادةُ السوقِ ، فلو ماتتِ الجاريةُ في هٰذهِ الحالةِ . . لزِمَهُ أَلفٌ وتِسعُ مئةٍ ؛ لأَنَّهُ أَكثرُ ما كانتْ قيمتُها مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ حينِ التلَفِ معَ غُرمِ السِّمَنِ .

وإِنْ غَصَبها وقيمتُها مئةٌ ، فزادَ السعرُ ، فصارتْ تساوي أَلفاً ، ثُمَّ نَقَصَ السعرُ ، فصارتْ تساوي مئةً ، ثُمَّ ماتتِ الجاريةُ . . لزِمَهُ قيمتُها أَلف ، وهوَ أَكثرُ ما كانتْ قيمتُها مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ حينِ التلَفِ ، وإِنْ زادتْ ونَقَصتْ مراراً ، ولا تجاوزُ الزيادةُ أَلفاً ، ثُمَّ ماتتْ . . لَمْ يَلزمْهُ أَكثرُ مِنْ أَلفٍ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَكثرُ ما كانتْ قيمتُها .

فرعٌ : [غصب هزيلة فسمنت] :

وإِنْ غَصَبها وقيمتُها مِئةٌ ، فسَمِنَتْ في يدِهِ حتَّىٰ بَلغتْ قيمتُها أَلفاً ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، فعادتْ قيمتُها إِلىٰ مئةٍ ، ثُمَّ سَمِنتْ ، فعادتْ قيمتُها إِلىٰ أَلفٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ ـ : أَنَّهُ يردُّها ، ولا شيءَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ زالَ

ما أَوجبَ الضمانَ ، فهوَ كما لو جَنىٰ علىٰ عينٍ ، فٱبيضَّتْ ، ثُمَّ زالَ البياضُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي سعيدٍ الإصطخريِّ ، **وهوَ الصحيحُ** ـ : أَنَّهُ يَردُّها ، ويردُّ معَها تِسعَ مئةٍ ؛ لأنَّ السِّمَنَ الثاني غيرُ الأَوَّلِ ، فلا يَسقُطُ به عنهُ ما وَجبَ عليهِ بنُقصانِها بذهابِ الأَوَّلِ ، كما لو غَصَبها وهيَ مهزولةٌ تساوي مئةً ، فسَمِنتْ حتّىٰ بَلغتْ أَلفاً ، ثُمَّ هُزِلَتْ حتَّىٰ عادتْ إِلىٰ مئةٍ ، ثُمَّ تعلَّمتْ صنعةً ، فعادتْ قيمتُها أَلفاً . . فإِنَّهُ لا يَسقُطُ عنهُ ما نَقصتْ بالهُزالِ .

وإِنْ غَصَبها وقيمتُها مِئةٌ ، فسمنتْ في يدهِ وبلغتْ قيمتُها أَلفاً ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، وعادتْ قيمتُها إِلىٰ مئةٍ ، ثُمَّ سَمِنتْ ، فعادتْ إِلىٰ أَلفٍ ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، فعادتْ إِلىٰ مئةٍ . . فعلىٰ الوجهِ الأَوَّلِ : يردُّها ، ويردُّ معَها تِسعَ مئةٍ لا غيرَ ، وعلىٰ الوجهِ الثاني : يردُّها ، ويردُّ معَها أَلفاً وثمانيَ مئةٍ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : وهٰذانِ الوجهانِ مأخوذانِ مِنَ القولينِ فيمَنْ قَلَعَ سِنَّ مَنْ قَدْ ثُغِرَ[1] ، ثُمَّ عادتْ ، ففي أَحدِ القولينِ لا يَلزَمُهُ الأَرْشُ ، وفي الثاني يَلزَمُهُ .

وإِنْ غَصبَ جاريةً قيمتُها مئةٌ ، فتعلَّمتْ في يدهِ سُورةً مِنَ القرآنِ ، أَو شعراً ، أَو صنعةً ، فبَلغتْ قيمتُها أَلفاً ، ثُمَّ نَسيَتْ ذٰلكَ ، فعادتْ قيمتُها إِلىٰ مئةٍ ، ثُمَّ تعلَّمتْ ما كانتْ نَسيَتْهُ ، فعادتْ قيمتُها أَلفاً . . فقد قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : هي كالسِّمَنِ ، فتكونُ علىٰ الوجهينِ .

وقال ٱبنُ القاصِّ ، والقاضي أَبو الطيِّبِ ، وابنُ الصبّاغِ : يَسقُطُ عنهُ الضَمانُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ القولَ في السِّمَنِ الثاني : أَنَّهُ غيرُ الأَوَّلِ ، لهُ وجهٌ ، وأَمَّا القرآنُ المحفوظُ ثانياً ، أَو الشِّعرُ ، أَو الصَّنعةُ . . فهو الأَوَّلُ ؛ لأَنَّها تعودُ إِلىٰ العلمِ الذي كانتْ تعلمُهُ أَوَّلاً .

---

(١) ثُغِرَ الصبيُّ ـ بالبناء للمفعول ـ يُثغَر ثغراً ، وهو مثغورٌ : إذا سقط ثغره ، يعني : سنَّهُ ، والثغر : المبسم ، ثم أطلق علىٰ الثنايا ، وإذا كُسِر ثغر الصبي . . قيل : ثغر ثغوراً .

فرعٌ : [ضمان الحامل المغتصبة] :

وإنْ غَصبَ جاريةً حاملاً . . ضَمِنَها ، وضَمِنَ ولدَها ، وكذٰلكَ إنْ غَصبها حائِلاً ، فحَمَلتْ في يدِهِ ، ثُمَّ تَلِفَ الولدُ في يدِهِ . . ضَمِنَهُ ، وبهِ قالَ أَحمدُ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : (لا يَضمَنُ الولدَ) .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ سببٍ يُضمَنُ بهِ الولدُ إذا كانَ منفصلاً . . جازَ أَنْ يُضمَنَ بهِ إذا كانَ مُتَّصلاً ، كالإحرامِ ، ولأَنَّ الولدَ نماءٌ ليس لهُ[1] ، حصَلَ في يدهِ مِنْ أَصلٍ مضمونٍ متعدٍّ بهِ ، فلزِمَهُ ضمانُهُ ، كولدِ الصيدِ في يدِ المُحرمِ .

إذا ثبَتَ هٰذا : فإنْ أَلقتِ الأُمُّ الولدَ حيّاً ، ثُمَّ ماتَ . . لزِمَهُ قيمتُهُ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الوضعِ إلىٰ أَنْ ماتَ ، وإنْ أَلقتْهُ ميْتاً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ ظاهرُ النصِّ ـ : أَنَّهُ يجبُ عليهِ قيمتُهُ يومَ الوضعِ لو كانَ حيّاً ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَهُ باليدِ قَبلَ ظهورِهِ ، فضَمِنَهُ بتلفهِ ، كأُمِّهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّهُ لا يجبُ عليهِ ضمانُهُ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما يُقوَّمُ عليهِ عندَ الحيلولةِ بينَهُ وبينَ مالكهِ ، وهوَ حالُ الوضعِ ، ولا قيمةَ لهُ في تلكَ الحالِ ، فلَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ .

فرعٌ : [يضمن نقص المغتصَب] :

وإنْ غَصبَ جاريةً ناهدةَ[2] الثديينِ ، فسقطَ[3] ثدْياها في يدهِ ، فنَقَصتْ قيمتُها بذٰلكَ ، أَو غَصبَ غلاماً أَمردَ ، فنَبَتتْ لحيتُهُ ، أَو كانتْ لحيتُهُ سوداءَ ، فٱبيضَّتْ ، فنَقَصتْ قيمتُهُ بذٰلكَ . . ضَمِنَ أَرشَ النقصِ ؛ لأَنَّهُ نَقصٌ بسببٍ كانَ بيدهِ ، فلزِمَهُ ضمانُهُ .

---

(١) في نسخة : (الذي) .

(٢) **ناهدة وناهد** : الجارية كَعَب ثديُها وارتفع ، يجمع على : نواهد .

(٣) **سقط** : وقع من أعلى إلى أسفل ، وهنا امتدَّ وتدلىٰ .

مسألةٌ : [ضمان غاصب العبد] :

وإنْ غَصبَ مِنْ رجلٍ عبداً ، فجَنىٰ حرٌّ علىٰ هٰذا العبدِ . . نظرتَ :

فإنْ قتلهُ . . وَجبتْ قيمتُهُ للمغصوبِ منهُ ، ولهُ أَنْ يَرجِعَ بها علىٰ الغاصبِ ، أَو علىٰ الجاني ، غيرَ أَنَّهُ إنْ رجعَ علىٰ الجاني . . رجعَ عليهِ بقيمتهِ يومَ جَنىٰ عليهِ ، وإنْ رجعَ بها علىٰ الغاصبِ . . رجعَ عليهِ بقيمتهِ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ يومِ غَصبهِ إلىٰ أَنْ قُتِلَ ، فإنْ رجعَ علىٰ الجاني . . لَمْ يرجعِ الجاني علىٰ الغاصبِ ، وإنْ رجعَ علىٰ الغاصبِ . . رجعَ الغاصبُ على الجاني بقيمتهِ يومَ الجِنايةِ ؛ لأَنَّ التلَفَ حصَلَ بفعلهِ ، فٱستقرَّ الضمانُ عليهِ .

وإنْ قطعَ الجاني يدَهُ . . وَجبَ علىٰ الغاصبِ أَكثرُ الأَمرينِ مِنْ نِصفِ قيمتهِ ، أَو ما نَقصَ بالقطعِ ؛ لأَنَّ الجنايةَ عليهِ ، وهوَ في ضَمانهِ كجنايتهِ عليهِ ، فٱجتمعَ عليهِ ضمانُ اليدِ ، والجنايةِ ، وأَمّا الجاني : فلا يجبُ عليهِ إلاَّ نصفُ قيمتهِ يومَ الجِنايةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يوجدْ منهُ غيرُ الجنايةِ مِنْ غيرِ غصبٍ ، وللمالكِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ أَيِّهما شاءَ ، فإنِ ٱختارَ الرجوعَ علىٰ الجاني ، وكانتْ نِصفُ قيمتهِ أكثرَ مِمّا نَقَصَ بالجِنايةِ . . رَجعَ عليهِ بنِصفِ قيمتِهِ ، ولا يَرجِعُ الجاني ولا المالكُ علىٰ الغاصبِ بشيءٍ ، وإنْ كانَ نِصفُ القيمةِ أَقلَّ مِمّا نَقَصَ بالجِنايةِ . . رجعَ المالكُ علىٰ الغاصبِ بما زادَ علىٰ نِصفِ قيمتهِ ، وإنِ ٱختارَ المالكُ الرجوعَ علىٰ الغاصبِ . . رجعَ الغاصبُ علىٰ الجاني بقدرِ نِصفِ قيمَةِ العبدِ ؛ لأَنَّهُ أَتلفهُ ، فٱستقرَّ الضمانُ عليهِ .

فرعٌ : [جناية عبد على عبد مغصوب] :

وإنْ جَنىٰ علىٰ العبدِ المغصوبِ عبدٌ لآخَرَ . . نظرتَ :

فإنْ قتلهُ عَمداً . . فالمالكُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يقتصَّ مِنَ العبدِ القاتلِ ، وبينَ أَنْ يعفوَ .

فإنِ ٱقتصَّ منهُ . . فقدِ ٱستوفىٰ حقَّهُ ، ولا يَرجِعُ علىٰ الغاصبِ بشيءٍ .

وإنْ عفا علىٰ مالٍ ، أَو كانتِ الجِنايةُ خطأً . . فلهُ أَنْ يطالبَ الغاصِبَ ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَهُ

باليدِ ، ولهُ أَنْ يطالبَ بحقِّهِ مِنْ رَقَبة العبدِ القاتلِ ، غيرَ أَنَّهُ إِنْ طالبَ الغاصِبَ . . فلهُ أَنْ يطالبَهُ بقيمةِ عبدهِ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ غَصَبَهُ إِلىٰ أَنْ قُتِلَ ، وإِنْ طالبَ بحقِّهِ مِنْ رقبةِ القاتلِ . . فبأَنْ[١] يطالبَ سيِّدَهُ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمةِ المقتولِ ، أَو قيمةِ القاتلِ ، علىٰ **الصحيح**[٢] مِنَ القولينِ ؛ لأَنَّهُ لا يَستحِقُّ عليهِ أَكثرَ مِنْ ذٰلكَ .

فإِنْ طالبَ الغاصبَ بقيمةِ عبدِهِ ، فإِنْ كانتْ قيمةُ القاتلِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ المقتولِ ، أَو مثلَها . . فللغاصِبِ أَنْ يطالبَ بذٰلكَ مِنْ قيمةِ القاتلِ ، وإِنْ كانتْ قيمةُ المقتولِ أَكثرَ . . لَمْ يطالبِ الغاصبُ سيِّدَ القاتلِ إِلاَّ بقدرِ قيمةِ القاتِلِ ، علىٰ **الصحيح** مِنَ القولينِ .

وإِنِ ٱختارَ مالكُ العبدِ[٣] مطالبةَ سيِّدِ القاتلِ ، فإِنْ كانتْ قيمةُ المقتولِ أَقلَّ مِنْ قيمةِ القاتلِ ، وأَخذَ المالكُ قيمةَ عبدهِ . . فقدِ ٱستوفىٰ حقَّهُ ، ولا يَرجِعُ المغصوبُ منهُ ولا سيِّدُ القاتلِ علىٰ الغاصبِ بشيءٍ ، وإِنْ كانتْ قيمةُ المقتولِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ القاتلِ . . لَمْ يَرجِعْ عليهِ المغصوبُ منهُ إِلاَّ بقدرِ قيمةِ القاتلِ ، علىٰ **الصحيح** مِنَ القولينِ ، ثُمَّ يَستوفي المغصوبُ منهُ تمامَ قيمةِ عبدهِ مِنَ الغاصبِ ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَهُ باليدِ .

مسأَلةٌ : [ضمان جناية العبد المغصوب] :

وإِنْ غَصبَ عبداً ، فجنىٰ العبدُ وهوَ في يدِ الغاصبِ علىٰ حُرٍّ ، أَو عبدٍ . . نظرتَ :

فإِنْ قتلهُ عمداً . . فوليُّ المَجنيِّ عليهِ بالخِيارِ : بينَ أَن يقتصَّ ، وبينَ أَنْ يعفوَ علىٰ مالٍ ، فإِنْ قتلهُ . . كانَ للمغصوبِ منهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصبِ بقيمةِ عبدِهِ أَكثرَ ما كانَتْ مِنْ حينِ الغصبِ إِلىٰ أَنْ قُتِلَ ؛ لأَنَّهُ تَلِفَ بسببٍ كانَ في يدهِ ، فلزِمَهُ ضمانُهُ ، وإِنْ عفا عنهُ علىٰ مالٍ . . تعلَّقَ ذٰلكَ برقبتهِ ، وكانَ علىٰ الغاصبِ أَنْ يفدِيَهُ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ أَرشِ الجنايةِ ، أَو قيمةِ العبدِ القاتلِ ؛ لأَنَّ تعلُّقَ الأَرشِ برقبتهِ نُقصانٌ حَدَثَ في العبدِ بيدهِ ، فضَمِنَهُ ؛ لأَنَّهُ ضامنٌ للعبدِ ولنُقصانهِ .

---

(١) في (م) : (فله أن) .
(٢) في نسخة : (الأصح) ، وكذا في الموضع الآتي .
(٣) أي : المغصوب ، كما في (م) .

وإنْ جَنىٰ علىٰ ما دونَ النفسِ ، بأَنْ قَطعَ يدَ غيرِه ، فإنْ كانتْ عمداً ، وٱختارَ المَجنيُّ عليهِ القِصاصَ ، فٱقتصَّ منهُ . . وَجبَ علىٰ الغاصبِ ضمانُ اليدِ .

قالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : وفي قدرِ ما يَضمنُهُ وجهانِ :

أَحدُهما : أَرشُ الجِنايةِ .

والثاني : ما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ بذٰلكَ .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يجبُ عليهِ ما نَقَصَ من قيمتهِ بذٰلكَ ، ولا يجبُ عليهِ الأَرشُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ اليدَ ذهبتْ بسببٍ غيرِ مضمونٍ ، فأَشبهَ إذا سَقطتْ بأَكَلَةٍ .

وإنْ عفا عنهُ علىٰ مالٍ ، أَو كانتِ الجِنايةُ خطأً . . كانَ علىٰ الغاصبِ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمةِ العبدِ المغصوبِ ، أَو أَرشِ الجنايةِ .

فرعٌ : [جناية عبد مغصوب أو مودَع بقدر قيمته] :

فإنْ جَنىٰ العبدُ المغصوبُ في يدِ الغاصبِ علىٰ رجلٍ جنايةً أَرشُها قدرُ قيمتهِ ، أَو أَكثرُ منها ، ثُمَّ ماتَ العبدُ في يدِ الغاصبِ . . فللمَغصوبِ منهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصِبِ بقيمةِ عبدِهِ ، فإذا أَخذَها . . فللمَجنيِّ عليهِ أَنْ يطالبَ السيِّدَ بأَرشِ جنايتِهِ ؛ لأَنَّها كانتْ متعلِّقةً برقَبةِ العبدِ ، والقيمةُ بدَلٌ عنِ الرقبَةِ ، فإذا أَخذَ وليُّ الجنايةِ الأَرشَ مِنَ السيِّدِ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : فللسيِّدِ أَنْ يَرجِعَ بذٰلكَ علىٰ الغاصبِ ؛ لأَنَّ الأَرشَ الذي أَخَذهُ المَجنيُّ عليهِ مِنَ السيِّدِ ٱستحقَّهُ بسببٍ كانَ في يدِ الغاصبِ ، فكانَ مِنْ ضمانِهِ .

ولو كانَ العبدُ وديعةً عندَ رجلٍ ، فجَنىٰ علىٰ آخَرَ جنايةً تَستغرقُ قيمتَهُ ، ثُمَّ إنَّ المودَعَ قتلَ العبدَ . . فللسيِّدِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المودَعِ[1] بقيمةِ عبدِهِ ، فإذا أَخذَها . . فللمَجنيِّ عليهِ أَنْ يطالبَ السيِّدَ بأَرشِ جنايتهِ ؛ لأَنَّ القيمةَ بدَلُ الرقبَةِ ، فإذا أَخذَ المَجنيُّ عليهِ الأَرشَ مِنَ السيِّدِ . . لَمْ يكنْ للسيِّدِ أَنْ يَرجِعَ بذٰلكَ على المودَعِ ؛ لأَنَّ العبدَ جَنىٰ ، وهو غيرُ مضمونٍ عليهِ ، بخلافِ الأُولىٰ .

---

(١) في (م) : (القاتل) .

وإنْ جَنىٰ العبدُ وهوَ في يدِ سيِّدهِ علىٰ رجلٍ جنايةً تَستغرِقُ قيمتَهُ ، ثُمَّ غَصَبَهُ غاصِبٌ ، فجنىٰ علىٰ آخرَ جنايةً تَستغرِقُ قيمتَهُ ، فٱستردَّ العبدَ مِنَ الغاصبِ ، وطلبَ المَجنيُّ عليهما الفِداءَ ، فسَلَّمَ العبدَ للبيعِ ، وبيعَ . . فإنَّ ثَمنَهُ يُقسَمُ بينَ المَجنيِّ عليهما نِصفينِ ؛ لتساوي حقَّيهما ، وللسيِّدِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصبِ بالنِّصفِ الذي أَخَذهُ المَجنيُّ عليهِ في يدِ الغاصبِ ؛ لأَنَّهُ ٱنتُزِعَ مِنَ السيِّدِ بسببٍ كانَ في يدِ الغاصبِ ، فلزِمَهُ ضمانُهُ ، فإذا أَخذَهُ السيِّدُ مِنَ الغاصبِ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : فللمجنيِّ عليهِ الأَوَّلِ أَنْ يأخذَهُ مِنَ السيِّدِ دونَ المجنيِّ عليهِ الثاني .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **ووجهُهُ** : أَنَّ حقَّ المجنيِّ عليهِ الأَوَّلِ تعلَّقَ بجميعِ الرَّقبةِ ، وحقَّ المجنيِّ عليهِ ثانياً لَمْ يتعلَّقْ إلاَّ بالنصفِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وما ذكرهُ القاضي لا معنىٰ لهُ ؛ لأَنَّ حقَّ الثاني تعلَّقَ أَيضاً بجميعِ الرَّقبةِ ، أَلا ترىٰ أَنَّ الأَوَّلَ لو أَبرأَهُ . . لاستَحقَّ الثاني جميعَ القيمةِ ؟ قالَ : وإِنَّما وجهُ ذٰلكَ عِندِي : أَنَّ الذي يأَخذهُ السيِّدُ مِنَ الغاصبِ إِنَّما هو عِوَضٌ عَمّا أَخذهُ منهُ المجنيُّ عليهِ الثاني ، فلا يتعلَّقُ بهِ حقُّهُ ، ويتعلَّقُ بهِ حقُّ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّهُ بدَلٌ عَنْ قيمةِ الجاني لا يُزاحَمُ فيه .

وإذا أَخذهُ الأَوَّلُ مِنَ السيِّدِ . . لَمْ يكنْ للسيِّدِ أَنْ يَرجِعَ بهِ علىٰ الغاصبِ ؛ لأَنَّ ٱستحقاقَهُ بجنايةٍ كانتْ في يدهِ لا في يدِ الغاصبِ ، وهٰكذا : لو ماتَ العبدُ في يدِ الغاصبِ . . وَجبتْ عليهِ قيمتُهُ ، وتُقسَمُ القيمةُ بينَ المجنيِّ عليهما ، ويَرجِعُ المغصوبُ منهُ علىٰ الغاصبِ بنصفِ القيمةِ التي أَخذَها منهُ المجنيُّ عليهِ الثاني ، ويكونُ ذٰلكَ للمجنيِّ عليهِ الأَوَّلِ دونَ الثاني ، ولا يَرجِعُ السيِّدُ بذٰلكَ علىٰ الغاصبِ ؛ لِما ذكرناهُ .

ولو جنىٰ العبدُ المَغصوبُ في يدِ الغاصبِ علىٰ رجلٍ ، ثُمَّ قَتلَ هٰذا العبدُ عبداً آخَرَ عمداً . . فلسيِّدِ العبدِ المغصوبِ[1] أَنْ يقتصَّ مِنَ العبدِ الذي قَتلَ عبدَهُ ، وليسَ للمجنيِّ عليهِ أَنْ يمنعَهُ مِنْ ذٰلكَ ، كما قلنا في العبدِ المرهونِ إذا قُتِلَ ، فإِنْ عفا علىٰ مالٍ ، أَو كانتِ الجنايةُ خطأً . . تعلَّقَ حقُّ المجنيِّ عليهِ بقيمةِ العبدِ ؛ لأَنَّها قائمةٌ مقامَهُ ، فإذا أَخذَ

(١) لعلها المقتول ؛ ليستقيم السياق .

المجنيُّ عليهِ أَرشَهُ مِنَ القيمةِ . . كانَ لسيِّدِ المغصوبِ أَنْ يَرجِعَ بذٰلكَ علىٰ الغاصبِ ؛ لِما ذكرناهُ ، وإِنْ أَرادَ السيِّدُ أَنْ يعفوَ علىٰ غيرِ مالٍ ، فإِنْ قلنا : إِنَّ موجَبَ قتلِ العمدِ القَوَدُ لا غيرَ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ، وإِنْ قلنا : إِنَّ موجَبَهُ أَحدُ الأَمرينِ مِنَ القَوَدِ أَوِ المالِ . . سَقطَ القِصاصُ ، ولَمْ يَسقُطِ المالُ ؛ لأَنَّ حقَّ المجنيِّ عليهِ تعلَّقَ بهِ .

فرعٌ : [قتل العبد المغصوب الغاصب] :

وإِنْ غَصبَ رجلٌ عبداً ، فوثبَ العبدُ علىٰ الغاصبِ ، فقتلهُ ، ثُمَّ هربَ إِلىٰ سيِّدهِ ، فإِنْ كانتِ الجِنايةُ عمداً . . قالَ الصيمَريُّ : فإِنْ عفا ورثةُ الغاصبِ عَنِ القصاصِ والدِّيةِ . . سقطَ الضمانُ عَنِ الغاصبِ في المالِ ، وإِنْ قتلوهُ . . فعليهمْ قيمةُ العبدِ وكأَنَّهمْ لَمْ يسلِّموهُ ، وكذٰلكَ لو طالبوا بالدِّيةِ مِنْ رقَبتهِ .

وإِنْ قَتلَ العبدُ المغصوبُ سيِّدَهُ وهوَ[1] في يدِ الغاصبِ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : للورثةِ أَنْ يقتصُّوا منهُ ، فإِذا قتلوهُ . . ٱستحقُّوا قيمتَهُ علىٰ الغاصبِ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ جنايةَ العبدِ المغصوبِ علىٰ الغاصبِ .

و[**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : تكونُ الجِنايةُ هدراً[2] ؛ لأَنَّ مِلكَ السيِّدِ ثابتٌ عليهِ حالَ الجنايةِ ، فكانتْ جنايتُهُ عليهِ هدراً ، كما قَبْلَ الغَصْبِ .

مسأَلةٌ : [غصب مالاً واتجر بذمته] :

وإِنْ غَصبَ مِنْ رجلٍ دراهمَ أَو دنانيرَ ، فٱتَّجرَ في ذمَّتهِ ، ونَقَدَ الدراهمَ والدنانيرَ ، ورَبِحَ . . ففيهِ قولانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ في **القديم** : (يكونُ الرِّبحُ للمغصوبِ منهُ ؛ لأَنَّهُ نَماءُ مالِهِ ، فهوَ كثَمرةِ الشجرةِ ، ولأَنَّا لو جعلنا ذٰلكَ مِلكاً للغاصبِ . . لأَدَّىٰ ذٰلكَ إِلىٰ ٱرتفاقِ الغاصِبِ

---

(١) في (م) : (بقي) .

(٢) هَدْراً ـ بالسكون والتحريك ـ : باطلاً لا قود فيه .

بمالِ المغصوبِ منهُ بغيرِ إذنِهِ ، فجُعِلَ ذٰلكَ مِلكاً للمغصوبِ منهُ بغيرِ إذنهِ ؛ ليَنحسِمَ البابُ) .

و[الثاني] : قالَ في **الجديدِ** : (هوَ مِلكٌ للغاصبِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ ليسَ بمتولِّدٍ مِنْ مالِ المغصوبِ منهُ ، وإنَّما هو نماءُ مِلكِ الغاصبِ ، فهو كما لو غَصبَ مِنْ رجلٍ أَرضاً ، وزرعَ فيها زرعاً) .

مسأَلةٌ : [غصب عبداً فاصطاد] :

وإنْ غَصبَ مِنْ رجلٍ عبداً ، فٱصطادَ العبدُ صيداً في يدِ الغاصبِ . . كانَ الصيدُ مِلكاً للمغصوبِ منهِ ؛ لأنَّ يدَ العبدِ كيدِ مَولاهُ .

قالَ الصيمَريُّ : ولا يَضمَنُ الغاصبُ الصيدَ[1] إلاَّ أَنْ يَحولَ بينَ العبدِ وبينَ الصيدِ ، وهلْ يجبُ علىٰ الغاصبِ أُجرةُ العبدِ في المدَّةِ التي ٱصطادَ فيها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ أُجرتُهُ ؛ لأنَّهُ حالَ بينَ سيِّدِه وبينَ منافِعهِ .

والثاني : لا يجبُ عليهِ ؛ لأنَّ المَنافعَ في هٰذه المدَّةِ صارتْ للمولىٰ .

وإنْ أَكرهَ الغاصبُ العبدَ علىٰ الاصطيادِ ، فٱصطادَ . . فهلْ يكونُ الصيدُ مِلكاً لمولىٰ العبدِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمَريُّ .

فرعٌ : [غصبُ آلة الصيد يوجب أجرتها] :

وإنْ غَصَبَ مَنْ رجلٍ شَبَكَتَهُ[2] ، أو شَرَكَهُ[3] ، أو سفينَةً[4] ، أَو قوساً ، فٱصطادَ بها . . فالصيدُ للغاصبِ ؛ لأنَّهُ لا صُنعَ للآلةِ ، ويجبُ علىٰ الغاصبِ أُجرةُ الآلةِ ؛ لأنَّهُ حالَ بينَ مالكِها وبينَها .

---

(١) في (م) : (للسيد) .
(٢) **الشَّبَكةُ** : آلة تتخذ من الخيط المشبك يصطاد بها ، وتجمع على : شبك وشباك .
(٣) **الشَّرَك** : حبالة الصائد ، الواحدة : شرَكة ، كالمصيدة تتخذ من أنواع مختلفة ، تجمع على : أشراك ، مثل : سبب وأسباب ، وقيل : الشرك جمع : شركة ، مثل : قصب وقصبة .
(٤) في نسخة : (سيفه) .

وإنْ غَصَبَ منهُ جارحةً معلَّمةً ، فأَرسلَها علىٰ صيدٍ ، فأَخذتْهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الصيدَ للغاصبِ ؛ لأَنَّهُ هوَ المرسِلُ للجارِحةِ ، فكانَ الصيدُ لهُ ، كما قُلنا في الشَبَكَةِ .

فعلىٰ هٰذا : يجبُ عَليهِ أُجرةُ الجارحةِ إنْ كانَ يجوزُ اَستئجارُها ، كالفَهدِ[1] .

والثاني : أَنَّ الصيدَ للمغصوبِ منهُ ؛ لأَنَّ للجارحةِ فِعلاً في أَخذِ الصيدِ ، فكانَ الصيدُ لمالكِها ، كالعبدِ ، بخلافِ الشبكةِ ، فإِنَّهُ لا فعلَ لها في أَخذِ الصيدِ .

فعلىٰ هٰذا : هلْ يجبُ للمغصوبِ منهُ أُجرةُ الجارحةِ مدَّةَ اَصطيادِها ؟ علىٰ الوجهينِ في العبدِ .

مسأَلةٌ : [غصب أرضاً أو بذراً ، فالنتاج للمغصوب منه] :

إذا غصب مِنْ رجلٍ بَذراً[2] ، فبذَرهُ في أَرضهِ ، أَو بأَرضِ المغصوبِ منهُ . . فجميعُ ما خرجَ منهُ مِلكٌ للمغصوبِ منهُ .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣١٣] وجهاً آخرَ : أَنَّهُ للغاصبِ ، وعليهِ مثلُ البَذرِ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ هٰذا عينُ مالِ المغصوبِ منهُ ، فهوَ كالعبدِ الصغيرِ إِذا كَبرَ ، وهٰكذا الوجهانِ إِذا غَصبَ بيضاً ، فصارَ فِراخاً . . **فالصحيحُ** : أَنَّهُ للمغصوبِ منهُ ؛ لِمَا ذكرناهُ ، فإِنْ نَقَصَ الزرعُ عَنِ البذرِ ، أَو قيمةُ الفِراخِ عَنْ قيمةِ البيضِ . . فعلىٰ الغاصبِ ضمانُ النقصِ ؛ لأَنَّهُ نَقصٌ حدثَ في يدهِ ، فضَمِنَهُ .

---

(١) **الفهد** : سبع من الفصيلة السِّنَّوريَّة ، أكبر من الكلب ، وأصغر من النمر ، يضرب به المثل في كثرة النوم والاستغراق فيه ، فيقال : (أنوم من فهد) .

(٢) **البَذر** : المبذور ، ومن الحبوب الحنطة والشعير ونحوها .

فرعٌ : [غصب عصيراً فانقلب خمراً] :

وإنْ غَصبَ مِنْ رجلٍ عصيراً ، فصارَ في يدهِ خمراً . . لزِمَهُ ضمانُ العصيرِ بمثلهِ ؛ لأَنَّهُ تَلِفَ بيدهِ بٱنقلابهِ خمراً ، فإنِ ٱنقلبَ الخمرُ بيدهِ خلاًّ . . لزِمَهُ ردُّ الخلِّ علىٰ المغصوبِ منهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَلزَمُهُ ردُّهُ ، بَلْ قد مَلَكهُ بالانقلابِ بيدهِ) .

دليلُنا : أَنَّ الخلَّ عينُ مالِ المغصوبِ منهُ ، وإنَّما تغيَّرتْ صفتُهُ ، فهوَ كالوَدِيِّ[1] إذا صارَ نخلاً .

إذا ثبتَ هٰذا : فهلْ يَلزَمُهُ معَ ردِّ الخلِّ ضمانُ العصيرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يَلزَمُهُ أَنْ يَردَّ معَ الخلِّ مِثلَ العصيرِ ؛ لأَنَّهُ قدْ لزمَهُ ذٰلكَ بٱنقلابهِ خمراً ، وإنَّما رجعَ المِلكُ فيهِ إلىٰ المغصوبِ منهُ بمعنىً آخرَ ، فلا يَسقطُ عنِ الغاصبِ ما وَجبَ عليهِ بٱنقلابهِ خمراً ، كما قلنا في الجاريةِ إذا سَمِنتْ في يدِ الغاصبِ ، ثُمَّ هُزِلتْ ، ثُمَّ سَمِنتْ .

و [**الثاني**] : منهمْ مَنْ قالَ : لا يجبُ عليهِ مثلُ العصيرِ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ عينُ مالهِ ، وإنَّما تغيَّرتْ أَوصافُهُ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانتْ قيمةُ الخلِّ مِثلَ قيمةِ العصيرِ ، أَو أَكثرَ . . فلا شيءَ عليهِ ، وإنْ كانتْ قيمةُ الخلِّ أَقلَّ مِنْ قيمةِ العصيرِ . . لزِمَ الغاصِبَ ما بينَ القيمتينِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ نقصٌ بفعلٍ حصلَ في يدهِ .

مسأَلةٌ : [يضمنُ الغاصبُ النقصَ ولا شيءَ لهُ في الزيادةِ] :

وإنْ غَصبَ مِنْ رجلٍ ثوباً ، فقَصَرَهُ ، أَو قُطْناً ، فغزَلَهُ ، أَو غَزْلاً ، فنَسَجهُ ، أَو ذهباً ، فصاغَهُ حُلِيّاً . . لَزِمَهُ رَدُّ ذٰلكَ علىٰ حالتهِ ؛ لأَنَّهُ عَيْنُ مالِ المغصوبِ مِنْهُ ، فإنْ نَقَصَتْ قيمتهُ بذٰلكَ . . لَزِمَ الغاصبَ ضمانُ ما نَقَصَ ؛ لأَنَّها نَقصتْ بفعلِهِ ، وإنْ زادَتْ

---

(١) **الوَدِيُّ** ـ وزان فعيل ـ : صغار فسيل النخل ، الواحدة : ودِيَّةٌ .

قيمتُها بفعلِهِ . . فلا شيءَ للغاصبِ بفعلِهِ ؛ لأنَّها زادَتْ بأثرٍ لا عينَ لَهُ فيها .

وإِنْ غَصَبَ منهُ خَشَبةً ، فشقَّها ألواحاً . . لزِمَهُ ردُّ الألواحِ ؛ لأنَّها عَينُ مالِ المغصوبِ منهُ ، فإِنْ نَقَصتْ عَنْ قيمةِ الخَشَبةِ . . لزِمَهُ ضمانُ النُّقصانِ ، وإِنْ زادَتْ . . فلا شيءَ لهُ ؛ لِما ذكرناهُ ، وإِنْ سمَّرَ الألواحَ أبواباً ، فإِنْ لَمْ يُدخلِ الغاصبُ فيها شيئاً مِنْ مالِهِ ، بأَنْ سمَّرَها ببعضِها . . فإِنَّهُ يَرُدُّها مسمَّرةً وأَرْشَ نَقصِها إِنْ نَقصَتْ ، ولا شَيْءَ لَهُ إِنْ زادَتْ ، وإِنْ سَمَّرَها الغاصبُ بمساميرَ مِنْ مالِهِ . . فإِنِ ٱختارَ قَلْعَ مساميرِهِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّها عَينُ مالِهِ ، ولكنْ يَضمَنُ ما نَقَصَ مِنْ قيمتِها بعدَ قَلْعِ المساميرِ ؛ لأَنَّ المغصوبَ مِنْهُ قدْ مَلَكها حالَ كونِها أَبواباً ، فإِذا أَزالَها عنْ ذٰلكَ . . لَزِمَهُ الضمانُ ، كمَا لَوْ غَصبَ غزلاً ، فنَسَجَهُ تِكَّةً[1] ، ثمَّ نَقَضها .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ كانَتْ قيمةُ الأبوابِ وهيَ مسمَّرةٌ مِئةً . . قيلَ : فكمْ قيمةُ الأبوابِ منها ؟ وكمْ قيمةُ المَساميرِ ؟ فإِنْ قيلَ : قيمةُ الأَبوابِ تسعونَ ، وقيمةُ المساميرِ عَشَرةٌ . . نَظرتَ : فإِنْ نَقَصتِ الأَبوابُ بعدَ تَفصيلِها عَنِ التسعينَ . . ضَمِنَ ما نَقَصتْ عنها .

فإِنْ بَذَلَ الغاصبُ المساميرَ للمغصوبِ منهُ . . فهلْ يُجبَرُ علىٰ قبولِها ؟ فيهِ وَجهانِ :

أَحدُهما : لا يُجبَرُ ؛ لأَنَّها عَيْنُ مالِ الغاصِبِ ، فلا يُجبَرُ المغصوبُ علىٰ قَبولِ هِبتِهِ ، كَسائرِ أَموالِهِ .

والثاني : يُجبَرُ علىٰ قَبولِها ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّها متَّصلةٌ بمالِهِ ، فَلَزِمَهُ قَبولُها ، كَقصارَةِ الثوبِ .

فرعٌ : [يُطالَبُ الغاصبُ بإِزالةِ التزاويقِ] :

وَإِن غَصَبَ مِنْ رجلٍ داراً ، فَزوَّقَها[2] الغاصبُ بِزاوُوْقٍ مِنْ عندهِ ، أَو جَصَّصها بِجِصٍّ مِنْ عندِهِ ، فإِنْ طالبَ مالكُ الدارِ الغاصبَ بقلْعِ ذٰلكَ . . لزمَ الغاصبَ قَلْعُهُ ؛ لأَنَّ الغاصبَ شَغَلَ مِلكَ المغصوبِ بمِلكِهِ ، فلَزِمَهُ إِزالتُهُ ، فإِذا قَلَعَهُ . . نَظرْتَ :

---

(١) **التِّكَّة** : رباط السراويل ، معربة ، تجمع على : تكك ، مثل : سدرة وسدر .

(٢) **زوَّقَهُ تزويقاً** : مثل زيَّنهُ وحسَّنهُ بأنواعٍ من الخشب العجمي ، أو مزركشات الجصِّ ، أو ورق الجدران .

فإن كانَتْ قيمةُ الدارِ قَبلَ التَّزويقِ كقيمتِها بعدَ قَلْعِ التزاويقِ . . لَمْ يَلزَمِ الغاصبَ شيءٌ ؛ لأَنَّها لَمْ تَنْقُصْ بالقلْعِ .

وإنْ كانتْ قيمةُ الدارِ نَقَصتْ بالحَكِّ ، فصارَتْ قيمتُها بعدَ الحكِّ أَقلَّ مِنْ قيمتِها قَبلَ التزويقِ . . لزِمَ الغاصبَ ما بينَ القيمتينِ ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ بفعلِهِ .

وإنْ طلَبَ الغاصبُ قَلْعَ تزاويقِهِ . . فَقدْ قالَ البَغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : لهُ قلعُهُ ، سواءٌ كانَ لتزاويقِهِ قيمةٌ بعدَ القَلْعِ أَو لَمْ يكنْ ؛ لأَنَّهُ عَينُ مالِهِ ، فكانَ لَهُ أَخْذُه .

وقالَ المَسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣١٣] : إنْ كانَ لَهُ عَينٌ . . فلَهُ قلْعُهُ ، وإنْ لَمْ يكنْ لَهُ عَيْنٌ . . فليسَ لَهُ قَلْعُهُ ، فإذا قَلَعَهُ . . نَظرْتَ : فإنْ نَقَصَتْ قيمةُ الدارِ بعدَ القَلْعِ عَنْ قيمتِها قبلَ التزاويقِ . . لَزِمَ الغاصبَ ما بينَهما ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ بفعلهِ .

وإنْ وَهَبَ الغاصبُ الزاوُوقَ والجِصَّ لِمالكِ الدارِ . . فهلْ يُجْبَرُ علىٰ قَبولِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُجبَرُ علىٰ قَبولِهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ غيرُ متميِّزٍ عَنْ مالِهِ ، فهوَ كَقصارَةِ الثوبِ .

والثاني : لا يُجبَرُ ؛ لأَنَّها أَعيانُ مالهِ ، فلا يُجبَرُ علىٰ قَبولِها ، كالقُمَاشِ[1] في الدارِ .

فرعٌ : [يضمَنُ الغاصبُ والمستعير قيمة المغصوبِ عندَ الكسرِ] :

وإنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ جَوْهرةَ زُجَاجٍ تُساوي دِرهَماً ، فٱتَّخذَ منها قَدَحاً[2] يساوي عَشَرةَ دراهِمَ ، فٱنكسرَ القَدَحُ ، فردَّهُ إِلىٰ مالِكهِ مكسوراً ، وقيمتُهُ دِرهَمٌ . . لَزِمَهُ مَعَ رَدِّهِ تِسعةُ دراهِمَ ، وإنْ أَعارَهُ قَدَحاً يساوي عَشَرةً ، ثُمَّ ٱنكسرَ مرَّةً ثانيةً ، فرَجَعتْ قيمتُهُ إِلىٰ دِرهَمٍ ، ثُمَّ صنَعَهُ قَدَحاً يساوي عَشَرةً . . فقالَ صاحبُ « التلخيص » : يَرُدُّ القَدَحَ ، ويَرُدُّ معَهُ ثمانيةَ عَشَرَ دِرهَماً .

---

(١) **القُماش** : متاع البيت ، وكل ما ينسج من حرير وقطن . والقمَّاش : بائع القماش .

(٢) **القدح** : إناء يشرب فيه ، يجمع على : أقداح .

قالَ الطبَريُّ : إنْ كانَتِ الصنعةُ الثانيةُ غيرَ الصنعةِ الأولىٰ . . **فلا يَختلِفُ أَصحابُنا** في أَنَّهُ يَرُدُّهُ وثمانيةَ عَشَرَ دِرهَماً ؛ لأَنَّ الضمانَ ٱستقرَّ عليهِ بالكسرِ الأَوَّلِ ، فإذا أَعارَهُ . . فهوَ مالٌ آخَرُ للمغصوبِ منهُ في يدِهِ ، فلا يَنجبرُ بهِ ذٰلكَ النقصُ ، وإنْ أَعادَ مِثلَ ذٰلكَ القَدَحِ في القَدْرِ والصنعةِ ، وَرَدَّهُ صحيحاً . . فهلْ يَغْرَمُ معَهُ شيئاً ؟ فيهِ وجهانِ ، كما قُلْنا في السِّمَنِ في الجاريةِ .

مسأَلةٌ : [اختلاطُ زيتٍ بمثلهِ أَو بأَجودَ منهُ] :

قالَ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ : (وإنْ كانَ زيتاً ، فخلَطَهُ بمثلِهِ ، أَو خيرٍ مِنْهُ ، فإنْ شاءَ . . أَعطاهُ مِنْ هٰذا مَكيلَتَهُ ، وإنْ شاءَ . . أَعطاهُ مِثلَ زيتِهِ) .

وجُملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إذا غَصَبَ منْهُ زَيتاً ، أَو غيرَهُ مِنْ ذواتِ الأَمثالِ ، فخلَطَهُ بجنسِهِ مِنْ مالِهِ . . نَظرْتَ :

فإنْ خَلَطَهُ بأَجودَ منهُ ، بأَنْ غصَبَ منْهُ صاعاً مِنْ زيتٍ يُساوي دِرهمينِ ، فخلَطَهُ بصاعٍ لَهُ مِنْ زيتٍ يُساوي أَربعةَ دراهمَ ، فإنْ بَذَلَ الغاصبُ للمغصوبِ منهُ صاعاً مِنهُ . . أُجبِرَ المغصوبُ منهُ علىٰ قَبولِهِ ؛ لأَنَّهُ دَفعَ إليهِ بعضَ ما غَصَبهُ منهُ وشيئاً مِنْ جِنسِهِ ، وهوَ خيرٌ مِمّا غُصِبَ منْهُ ، فأُجبرَ علىٰ قَبولِهِ ، وإنْ طلبَ المغصوبُ منْهُ صاعاً منْهُ ، وٱمتنَعَ الغاصبُ . . فقدْ **نصَّ الشافعيُّ** هاهُنا : (أَنَّ الخِيارَ إلىٰ الغاصبِ) ، **ونصَّ** في (التفليسِ) : (إذا ٱشترىٰ منهُ صاعاً مِنْ زيتٍ ، وخلَطَهُ بأَجودَ منهُ مِنْ جنسِهِ . . على قوليْنِ :

أَحدُهما : أَنَّهما يكونانِ شريكيْنِ ، وهٰذا خلافُ نصِّهِ في (الغصبِ) .

والثاني : أَنَّهُ يَضرِبُ معَ الغُرماءِ بالثَّمنِ) . فجعلَهُ علىٰ هٰذا كالمُستهلَكِ ، كما قالَ في (الغصبِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهمْ مَنْ نَقَلَ جوابَ القولينِ إلىٰ الغصبِ ، وقالَ : في الغَصبِ أَيضاً قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ يصيرُ كالمستهلَكِ ؛ لأَنَّهُ تعذَّرَ عليهِ الوصولُ إلىٰ مالِهِ .

فعلىٰ هٰذا : يعطيهِ الغاصبُ مِثلَ زيتِهِ مِنْ غيرِ هٰذا المختلطِ .

والثاني : يَصيرانِ شريكينِ في هٰذا المختلطِ ؛ لأَنَّ عينَ مالِهِ ٱختلطَ بجنسِهِ ، فصارا شريكينِ ، كَما لوِ ٱشتريا صاعَينِ بينَهُما .

فعلىٰ هٰذا : يُباعُ الزيتانِ ، ويُقسَمُ الثَّمنُ بينَهُما علىٰ قَدْرِ قيمتِهِما ، فيكونُ للغاصبِ ثُلُثا الثَّمنِ ، وللمغصوبِ منهُ الثلُثُ ، فإِنْ طلبَ المغصوبُ منهُ أَنْ يأخذَ مِنْ هٰذا الزيتِ المختلطِ ثُلُثَيْ صاعٍ ، وهُو ما قيمتُهُ منْهُ قيمةُ صاعِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأَنَّهُ يأَخذُ بعضَ صاعٍ عن صاعٍ ، وذٰلكَ رباً .

والثاني : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ يأَخذُ بعضَ حقِّهِ ، ويَترِكُ البعضَ بٱختيارِهِ ، وليسَ ذٰلكَ برِباً ؛ لأَنَّ الرِّبا في المُعاوَضاتِ ، وليسَ ذٰلكَ بمعاوضَةٍ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يصيرُ في الغصبِ كالمستَهلَكِ ، قولاً واحداً ، وفرَّقُوا بينَهُ وبينَ التفليسِ ؛ لأَنَّ في التفليسِ لا يُمكنُ الغريمَ الرُّجوعُ إِلىٰ كَمالِ حقِّهِ إِذا ضارَبَ مَعَ الغرماءِ ، فجُعِلَ شَريكاً ، وهاهُنا يُمكنُهُ أَنْ يرجِعَ في بدَلِهِ ، وهوَ كمالُ حقِّهِ .

وإِنْ خَلَطَهُ بمثلِهِ ، بأَنْ غَصبَ منْهُ صاعاً مِنْ زيتٍ يساوي دِرهَمينِ ، فخَلطَهُ بصاعٍ لهُ مِنْ زيتٍ يُساوي دِرهَمينِ ، فإِنْ بَذلَ الغاصبُ صاعاً منهُ . . أُجبِرَ المغصوبُ منهُ علىٰ قَبولِهِ ؛ لأَنَّ بعضَهُ عينُ مالِهِ ، وبعضَهُ مالُ الغاصِبِ ، وهوَ مثلُهُ ، فأُجبرَ علىٰ قَبولِهِ ، وإِنْ طلبَ المغصوبُ منهُ صاعاً منهُ ، وٱمتنَعَ الغاصبُ مِنْ ذٰلكَ ، بَلْ أَرادَ أَنْ يُعطيَهُ صاعاً مِنْ غيرِهِ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيه :

فقالَ أَبو العبّاسِ ، وأَبو إِسحاقَ : يُجبَرُ الغاصبُ علىٰ أَنْ يَدفعَ إِليهِ صاعاً منهُ ؛ لأَنَّ فيهِ بعضَ عينِ مالِهِ ، فلا يَلزَمُهُ الانتقالُ إِلىٰ بَدَلِهِ ، كما لو غَصَبَ منهُ صاعاً ، وتَلِفَ بعضُهُ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لا يُجبَرُ الغاصبُ علىٰ دَفْعِ صاعٍ منهُ ، **وهو المنصوصُ** هاهُنا وفي « الأُمِّ » [٣/٢٢٦] ؛ لأَنَّ عينَ مالِ المغصوبِ منهُ غيرُ متميِّزٍ مِنْ مالِ الغاصبِ ، فصارَ كالمستهلَكِ .

وإِنْ خلطَهُ بأَردأَ منهُ ، بأَنْ غَصَبَ منهُ صاعاً يساوي أَربعةَ دراهمَ ، فخلَطَهُ بصاعٍ

يُساوي دِرهمينِ ، فإِنْ تراضيا علىٰ أَنْ يأخذَ المغصوبُ منهُ صاعاً منهُ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ يأَخذُ منهُ صاعاً دونَ حقِّهِ برضاهُ .

فإِنْ بَذَلَ الغاصبُ صاعاً منهُ ، وطلبَ المغصوبُ منْهُ مِثْلَ زيتِهِ . . يُجْبَرُ علىٰ دَفعِ صاعٍ مِنْ مِثلِ زيتِهِ مِنْ غيرِهِ .

وإِنْ طلبَ المغصوبُ منهُ صاعاً منْهُ ، وٱمتنعَ الغاصبُ . . ففيهِ وَجهانِ :

[أَحدُهما] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : يُجبرُ الغاصبُ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ رضيَ بأَخذِ حَقِّهِ ناقصاً .

و[**الثاني**] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لا يُجبَرُ الغاصبُ ؛ لأَنَّ حقَّهُ قدْ تعلَّقَ بِذِمَّتِهِ حينَ صارَ زيتُهُ كالمستهلَكِ .

وإِنْ بَذَلَ الغاصبُ صاعاً منهُ ، وطَلَبَ المغصوبُ منهُ صاعاً مِنْ مثلِ زيتِهِ مِنْ غيرِهِ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّ الغاصبَ يُجبَرُ علىٰ دَفعِ صاعٍ مِنْ مِثلِ زيتِهِ الذي غُصِبَ منهُ مِنْ غيرِ هٰذا ؛ لأَنَّ زيتَهُ صارَ كالمستهلَكِ) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُباعُ الزيتانِ ، ويُقْسَمُ ثَمنُهُ بينَهُما علىٰ قَدْرِ قيمةِ زيتيهِما ، كما قالَ إِذا خلَطَهُ بأَجودَ منْهُ . وَليسَ بشيءٍ .

فرعٌ : [خلْطُ زيتٍ بشيرجٍ] :

وإِنْ غَصَبَ منهُ زيتاً ، وخَلَطَهُ بغيرِ جنسِهِ مِمّا لا يُمكنُ تمييزُهُ منهُ ، بِأَنْ خلَطَهُ بٱلْبانِ[1] أَو بالشَّيْرَجِ . . فإِنْ تراضيا علىٰ أَنْ يأَخذَ المغصوبُ منهُ مِثلَ مَكيلةِ زيتهِ منهُ . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهُما ، وإِنِ ٱمتنعَ أَحدُهُما . . لَمْ يُجبَرْ ؛ لأَنَّ الغاصبَ لا يُجْبَرُ علىٰ دَفْعِ غيرِ ما وَجَبَ عليْهِ ، والمغصوبَ منهُ لا يُجبَرُ علىٰ أَخْذِ غيرِ ما وَجَبَ لَهُ .

(١) يعني : زيت البان ، **والبان** : شجر يسمو ويطول في استواء ، كالأثل ، أوراقه هدب ، وقضبانه سمجة خضر ، وثمرته تسمى : الشوع ، تشبه قرون اللوبياء ، فيها حبٌّ ، ومنه يستخرج دهن البان ، يستعمل في الطيوب المرتفعة ، وثجيره الذي يبقى بعد استخراج دهنه ينفع من الكلف والنمش والبرش الكائن في الوجه من الجرب والحكة . انظر « المعتمد » (ص/١٧ـ١٨) .

فعلىٰ هٰذا : يُجبَرُ الغاصبُ علىٰ دفعِ زيتٍ مثلِ الَّذي غَصبَهُ ؛ لأَنَّ هٰذا صارَ كالمستهلَكِ .

وَمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُباعانِ هاهُنا ، ويُقسَمُ الثَّمنُ بينَهما علىٰ قدْرِ قيمتِهما ، كما قالَ في المسألتينِ قبلَها .

وإِنْ خَلَطَ الزيتَ بالماءِ ، فإِنْ أَمكنَ تخليصُهُ منهُ مِنْ غيرِ أَنْ يُفسِدَهُ في الحالِ ولا في الثاني[١] . . كُلِّفَ الغاصبُ تخليصَهُ[٢] ، وعليهِ مُؤْنَةُ التخليصِ ؛ لأَنَّهُ يمكنُهُ الرجوعُ إِلىٰ عينِ مالِهِ ، وإِنْ كانَ إِذا خلَّصَهُ يَنقُصُهُ نُقْصاناً مُستقِرّاً . . لَزِمَهُ تخليصُهُ ، وردُّهُ ، وردُّ ما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ ، وإِنْ كانَ نُقصانُهُ غيرَ مُستَقِرٍّ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّ الغاصبَ يَلزَمُهُ أَنْ يَدفعَ مِثلَهُ مِنْ جنسِهِ ؛ لأَنَّ هٰذا صارَ كالمستهلَكِ) .

وقالَ الربيعُ : فيهِ قولٌ آخرُ : (أَنَّهُ يَلزَمُهُ تخليصُهُ ، ويرُدُّهُ وأَرشَ ما نَقَصَ في الحالِ وفيما بعدُ ، كما لَوْ غَصبَ عبْداً ، فقطعَ يَدَهُ) .

واختلفَ أَصحابُنا فيه :

فمنهمْ مَنْ قالَ : في المسأَلةِ قولانِ :

أَحدُهما : يَلزَمُ المغصوبَ منهُ أَنْ يأَخذَهُ وأَرشَ ما نَقَصَ ؛ لأَنَّ عينَ مالِهِ موجودةٌ مُتميِّزَةٌ ، فلا يَملِكُ الرجوعَ ببدَلِها .

والثاني : لا يَلزَمُهُ ؛ لأَنَّ نُقصانَهُ غيرُ مُستقِرٍّ ، بَلْ يَتزايَدُ ، فصارَ كَالمستهلَكِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : هيَ علىٰ قولٍ واحدٍ ، وأَنَّهُ يأَخذُ مثلَهُ مِنْ غيرِهِ ؛ لِما ذكرْناهُ ، وما ذَكرَهُ الرَّبيعُ مِنْ تَخريجِهِ .

---

(١) أي : ولا في المآل ، لكن جاء في « الأم » (٣/ ٢٦٦) : (وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل والمتعقب . . كان عليه أن يعطيه مكيلاً مثله مكانه) .

(٢) **صورة ذلك** : أن يضعه في إناء يكون في أسفله ثقب يستخرج منه الماء ، فإذا انتهى . . سدَّ مكانه ، وأُعيد لصاحبه .

فرعٌ : [خلْطُ الدقيق بالدقيقِ] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (وإِنْ خَلَطَ دقيقاً بدقيقٍ . . فكالزيتِ) .

وٱختَلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمِنهُم مَنْ قالَ : للدقيقِ مِثلٌ .قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : **وهوَ ظاهرُ النصِّ** ؛ لأَنَّ تفاوتَهُ في النُّعومةِ والخُشونةِ ليسَ بأَكثرَ مِنْ تفاوتِ الحِنطةِ بصغَرِ الحَبِّ وكِبَرِهِ .

فعلىٰ هٰذا : حُكمُهُ حُكمُ الزيتِ إِذا خُلِطَ بالزيتِ ، علىٰ ما مَضىٰ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ ، **وأَكثرُ أَصحابِنا** : لا مِثلَ لَهُ ؛ لأَنَّهُ يَتفاوتُ تفاوتاً كبيراً ، وقولُ الشافعيِّ : (إِنَّهُ كالزيتِ) أَرادَ : في أَنَّهُ يَرجِعُ إِلىٰ بَدَلِهِ ، كما يَرجِعُ إِلىٰ بدلِ الزيتِ إِذا تلِفَ ، لا أَنَّهُ يرجعُ إِلىٰ مِثلِهِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا أَرادَ قِسمَتَهُ بينَهُما . . نَظرتَ :

فإِنِ ٱختلفَتْ قيمتُهُما . . لَمْ تَجُزْ قِسْمَتُهُ ؛ لأَنَّ قيمتَهُما مختلِفةٌ ، فلو جوَّزناها . . كانَ فيهِ تفاضلٌ وَرِباً .

وإِنِ ٱستوَتْ قيمتُهُما ، فإِنْ قلنا : إِنَّ القِسمةَ فَرْزُ النَّصيبَيْنِ . . جازَتْ قِسمتُهُ ، كما يجوزُ قسمةُ الرُّطَبِ علىٰ هٰذا القولِ . وإِنْ قلْنا : إِنَّ القسمةَ بيعٌ . . لَمْ يَجُزْ قِسمتُهُ ، كمَا لا يجوزُ بَيْعُ بعضِهِ ببعضٍ . وحكىٰ الكرابيسيُّ عنهُ : (أَنَّهُ يجوزُ) . ولا يُعرَفُ ذٰلك للشافعيِّ في شيءٍ مِنْ كُتُبِهِ .

وَمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُباعُ الدقيقانِ ، ويُقسَمُ الثَّمنُ بينهما علىٰ قَدْرِ قِيمتيهِما بكلِّ حالٍ ، كما قالَ في المسائلِ قبلَها .

فرعٌ : [خلطُ حنطةٍ بحنطةٍ] :

وإِنْ غَصَبَ منهُ حِنطَةً ، فخلَطَها بحنطةٍ لَهُ . . ففي ذٰلكَ مسائلُ كالتي ذكرناها في الزيتِ . فإِذا خلَطَها بحنطةٍ أَجودَ منها ، أَو مِثلِها ، أَو دُونَها . . فالحُكمُ فيهَا كالحُكمِ في الزيتِ ، وإِنْ خَلَطَها بِما يُمكنُ تمييزُها منهُ ، مِثلَ : أَنْ يَخلِطَ حِنطةً بيضاءَ بحنطةٍ

سمراءَ ، أَو حمراءَ ، أَو شعيرٍ ، أَو ذُرَةٍ . . فعلىٰ الغاصبِ تمييزُها وتخليصُها وإِن لَحِقَهُ بذٰلكَ مُؤْنةٌ وَمشقَّةٌ ، كما لَوْ غَصَبَ ساجاً[١] ، وبنىٰ عليهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإِنْ لَمْ يتميَّزْ جميعُهُ . . وَجَبَ عليهِ تمييزُ ما أَمكنَ ، وكانَ الباقي بِمنزلةِ ٱختلاطِ الزيتِ بما لا يَتميَّزُ عنْهُ .

مسأَلَةٌ : [يلزمُ الغاصبَ تفريغُ مِلكِ غيرِهِ] :

وإِنْ غَصبَ أَرضاً ، فَغَرَسَ فيها ، أَو بنىٰ ، فدَعا مالكُ الأَرضِ إِلىٰ قَلْعِ الغِراسِ أَو البناءِ . . لزِمَ الغاصبَ قَلْعُهُ ؛ لما رُوِيَ : (أَنَّ رجلاً غَصَبَ أَرضاً ، فَغرَسَ فيها نخيلاً ، فرُفِعَ ذٰلكَ إِلىٰ رسولِ اللهِ ﷺ ، فأَمَرَ النبيُّ ﷺ بقَلْعِ النَّخيلِ)[٢] .

قالَ الراوي : (فَلَقدْ رَأَيْتُها والفؤوسُ تَعملُ في أَصولِها ، وإِنَّها لَنخيلٌ عَمٌّ) ، يعني : طِوالاً ، ولِهٰذا يقالُ للمرأَةِ الطويلةِ : عميمةٌ .

وَرَوىٰ سعيدُ بنُ زيدٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ليسَ لِعِرْقِ ظالمٍ حَقٌّ » ، بِكسرِ العَيْنِ ، وسكونِ الراءِ .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (وكُلُّ ما وُضِعَ في الأَرضِ للتأْبيدِ . . فإِنَّهُ يُسمّىٰ : عِرْقاً . والعُروقُ أَربعةٌ : عِرقانِ ظاهرانِ ، وهما : الغِراسُ والبناءُ ، وعِرْقانِ باطنانِ ، وهما : البئرُ والنهرُ) .

ولأَنَّهُ شَغَلَ مِلْكَ غيرهِ بغيرِ إِذنِهِ ، فلَزِمَهُ تفريغُها ، كما لو جَعلَ فيها قُماشاً .

---

(١) الساج : ضرب عظيم من الشجر ، الواحدة : ساجة ، تجمع على : ساجات وسيجان ، نباتها في الهند ، وخشبها رزين أسود لا تكاد الأرض تبليه ، يستعمل في الأبنية ، وقد يشبهه أحدهم بشجر الآبنوس ، وهو أقل سواداً منه .

(٢) أَخرجهُ عن عروة مرسلاً أَبو عبيد في « الأموال » (٧٠٧) بلفظ : أَن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار ـ من بني بياضَة ـ نخلاً ، فاختصما إِلىٰ النبي ﷺ ، فقضى للرجل بأرضهِ ، وقضى على الآخر : أن ينزع نخله ، قال : (فلقد رأيتها يُضربُ في أصولها بالفؤوس ، وإِنها لنخل عم) .

قال أبو عبيد : فهذا الحديث مفسر (للعرق الظالم) ، وإنما صار ظالماً ؛ لأَنَّهُ غرس في الأرض وهو يعلم أنها ملك لغيره ، فصار بهذا الفعل ظالماً غاصباً ، فكان حكمه أن يقلع ما غرس .

إذا ثبتَ هٰذا : وقَلَعَ الغِراسَ ، أَو البناءَ . . فقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ ، وغيرُهما : عليهِ تسويةُ الأَرضِ ، وأَرشُ نقصٍ إِنْ دخلَ علىٰ الأَرضِ بالقلْعِ ، وأُجرةُ مِثلِها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حصَلَ بعُدوانِهِ .

وَذكرَ في « المهذَّبِ » : أَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ في (الغصبِ) : (يَلزَمُهُ ما تَنْقُصُ الأَرضُ) ، وقالَ في (البيعِ) : (إِذا قَلعَ الأَحجارَ المستودَعَةَ في الأَرضِ . . عليهِ تسويةُ الأَرضِ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هيَ علىٰ قولَينِ :

أَحدُهما : يَلزَمُهُ أَرشُ النقصِ ؛ لأَنَّها نَقَصَتْ بفعلِهِ .

والثاني : يَلزَمُهُ تسويةُ الأَرضِ ؛ لأَنَّ جُبرانَ النقصِ بالمثلِ أَولىٰ مِنْ جُبرانِهِ بالقيمةِ .

ومِنهم مَنْ قالَ : يَلزَمُهُ في الغصبِ أَرشُ ما نَقَصَتْ ، وفي البيعِ يلزمُهُ التسويةُ ؛ لأَنَّ الغاصبَ مُتعدٍّ ، فغُلِّظَ عليهِ بالقيمةِ ؛ لأَنَّها أَوفىٰ ، والبائعَ غيرُ متعدٍّ ، فلَمْ يَلزَمْهُ أَكثرُ مِنَ التسويةِ .

فرعٌ : [للمالكِ طَلَبُ قلعِ الغِراسِ إِنْ كانَ لهُ غرَضٌ آخَرُ] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ أَرضاً ، وغِراساً ، فغرَسَهُ في الأَرضِ ، فطالبَ مالكُ الأَرضِ الغاصبَ بقَلْعِ الغراسِ عَنِ الأَرضِ ، فإِنْ كانَ لَهُ غرَضٌ في القَلْعِ ، بأَنْ كانَ لا يُريدُ غَرْسَ تلكَ الأَرضِ . . أَخَذَ الغاصبَ بِقَلْعِ الغِراسِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ تفويتُ غَرَضِ المالكِ ، وإِن لمْ يكنْ لمالكِ الأَرضِ غَرَضٌ في القَلْعِ ، بأَنْ كانَ يريدُ غَرْسَ تلكَ الأَرضِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يؤخَذُ الغاصبُ بقلْعِ الغِراسِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ عبَثٌ وسَفَهٌ .

والثاني : يَؤخَذُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ الإِنسانَ مُحَكَّمٌ[1] في مِلكِهِ .

---

(١) **محكَّم** ، يقال : تحكَّم في كذا : فعل ما رآه ، وحكَّمت الرجلَ : فوضت الحكم إليه .

فرعٌ : [يلزمُ الغاصبَ أُجرةُ الأَرضِ وقلْعُ زرعِها وبَدَلُ نقصِها] :

وإنْ غَصَبَ أَرضاً ، وزرعَ فيها . . لزِمَهُ قَلْعُ الزرعِ ، وأُجرةُ الأَرضِ ، وأَرشُ ما نقصَ إنْ حصلَ بها .

وقالَ أَحمدُ رحمهُ اللهُ : (ليسَ لِصاحبِ الأَرضِ قَلْعُ الزرعِ ، بَلْ هوَ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يدفعَ البَذرَ والنَّفقةَ ، ويَملِكَ الزَّرعَ ، وبينَ أَنْ يُقِرَّهُ في الأَرضِ إِلىٰ أَوانِ الحَصادِ ، ويطالِبَ بأُجرةِ أَرضِهِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ شَغلَ مِلكَ غيرِهِ بغيرِ إِذنِهِ ، فلزِمَهُ قَلْعُهُ ، كالغِراسِ .

مسأَلةٌ : [غَصبَ أَرضاً وحفرَ فيها بئراً] :

وإِنْ غصبَ مِنْ رجلٍ أَرضاً ، وحفَرَ فيها بئراً ، أَوْ نهراً ، فإِنْ طالبَهُ المغصوبُ منهُ بردِّ الترابِ إِلىٰ البئرِ وَطمِّها[1] . . لزِمَ الغاصبَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ نَقلَ الترابَ مِنْ مِلكِهِ ، فكانَ لَهُ مطالبتُهُ بإِعادتِهِ ، وَإِنْ طلَبَ الغاصبُ أَنْ يعيدَ الترابَ ، فأَمتنَعَ المغصوبُ منهُ . . أُجبِرَ المغصوبُ منهُ علىٰ إِعادتِهِ . وقالَ المزنيُّ [في « المختصر » ٣/ ٤٠ـ٤١] : لا يُجبَرُ ، كَما لو غَصَبَ منهُ غَزْلاً ، ونسَجَهُ ثوباً . وهٰذا غَلَطٌ ؛ لأَنَّ الغاصبَ إِنْ كانَ قد نَقلَ الترابَ إِلىٰ مِلكِ نفسهِ . . فلَهُ غَرَضٌ بردِّه ، وهو تفريغُ مِلكِ نفسهِ ، فإِنْ كانَ قدْ نقلَهُ إِلىٰ ملكِ غيرِهِ ، أَو إِلىٰ طريقِ المسلمينَ . . فلَهُ غرضٌ في رَدِّهِ ، وهو تفريغُ مِلكِ الغيرِ ، وإِزالةُ الضررِ عَنْ طريقِ المسلمينَ ، وإِنْ كانَ قدْ نقلَهُ إِلىٰ ملكِ المغصوبِ منْهُ . . فلَهُ غَرَضٌ في ذٰلكَ ، وهو أَنْ يُسقِطَ عنهُ ضمانَ مَنْ يَقعُ في البِئرِ ، فإِذا طَمَّ البئرَ . . نظرْتَ :

فإِنْ نَقَصتْ قيمةُ الأَرضِ بعدَ الطَّمِّ عَنْ قيمتِها قَبلَ الحَفْرِ . . لزِمَهُ ما بينَ القيمتينِ ؛ لأَنَّها نَقصَتْ بفعلِهِ .

وإِنْ لَمْ تَنقُصْ قيمتُها . . لَمْ يَلزَمْهُ أَرشُ النَّقصِ .

---

(١) **الطَمُّ** ، يقال : جاء السيل فطمَّ الركية : دفنها وسوَّاها ، وكلّ شيء كثر حتى علا وغلب فقد طمَّ ، من باب ردَّ ، والطِمُّ : البحر ، وفي المثل : (جاء بالطِمّ والرمّ) ، أي : بالمال الكثير .

فإنْ قالَ المغصوبُ منهُ للغاصبِ : قدْ أبرأْتُكَ مِنْ ضمانِ مَنْ يَقَعُ فيها . . فهلْ يَبرأُ مِنْ ضمانِ مَنْ يَقَعُ فيها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أنَّهُ لا يَبرأُ ؛ لأَنَّ الضمانَ بالحَفْرِ حَقٌّ للغيرِ . . فلا يَصِحُّ إبراءُ المغصوبِ منهُ ، ولأَنَّ هٰذا أبرأَهُ مِمّا لا يجبُ ، فلَمْ يَصِحَّ .

فعلىٰ هٰذا : لِلغاصبِ طَمُّ البئرِ بكلِّ حالٍ .

والثاني : أنَّهُ يَبرأُ ، وهو قولُ أَبي حنيفةَ ، قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الضمانَ يَلزَمُهُ بوجودِ التعدِّي ، فزالَ عنهُ برضا المالكِ ، كَما لَوْ حفَرَ بإذنِهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰكذا : ينبغي إذا لَمْ يَتلفَّظْ بالإبراءِ ، وإنَّما مَنَعَهُ مِنْ طمِّها ؛ لأنَّهُ يَتضمَّنُ رضاهُ بذٰلكَ .

فعلىٰ هٰذا : ليسَ لهُ أَنْ يَطُمَّ الترابَ إنْ كانَ قدْ وَضعَهُ في مِلكِ المغصوبِ منهُ ، وإنْ كانَ قدْ وضَعَهُ في مِلكِ نفسِهِ ، أَوْ في ملكِ غيرِهِ . . رَدَّهُ .

وإنْ غَصَبَ أَرضاً ، ثُمَّ كَشَطَ ترابَها . . جازَ للمغصوبِ منهُ أَنْ يُطالِبَهُ بردِّهِ ، وإعادةِ الأَرضِ كما كانتْ ، فإذا ردَّهُ ، فإنْ نَقَصتْ قيمةُ الأَرضِ بعدَ ذٰلكَ عَنْ قيمتِها قَبلَ الكَشْطِ . . لَزِمَهُ ما بينَ القيمتينِ ، وإنْ أَرادَ الغاصبُ رَدَّهُ ، وٱمتنعَ المغصوبُ منهُ ، فإنْ كانَ الغاصِبُ قدْ نَقَلَ الترابَ إلىٰ مِلكِ نفسِهِ ، أَوْ إلىٰ مِلكِ غيرِهِ ، أَوْ إلىٰ طريقِ المسلِمينَ ، أَوْ إلىٰ مِلكِ المغصوبِ منهُ ، ونقَصَتْ قيمةُ الأَرضِ بنقلِ الترابِ إلىٰ ملكِ المغصوبِ منهُ ، ويَرجُو بإعادتِهِ زوالَ النقصِ . . فللغاصبِ ردُّهُ ؛ لأَنَّ لَهُ غَرَضاً في ردِّهِ ، وهو تفريغُ ما نقَلَ إليهِ الترابَ ، أَو زوالُ النقصِ ، وإنْ كانَ نَقَلَ الترابَ إلىٰ مِلكِ المغصوبِ منهُ ، ولَمْ تَنقُصْ قيمةُ الأَرضِ . . لَمْ يكُنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا فائدةَ لَهُ في ذٰلكَ .

وإنْ خرَقَ ثوباً ، وطَلَبَ الغاصبُ أَنْ يَرفأَهُ[1] . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣١٤] : لَمْ يُجبَرِ المالكُ علىٰ تمكينِهِ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يعودُ إلىٰ حالتِهِ الأُولىٰ .

---

(١) رفأَه : ضمَّ خُرقهُ ، وأصلحه بالخياطة ونحوها .

مسأَلةٌ : [غَصبهُ ثوباً وصِبغاً] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ ثوباً وصِبْغاً ، فصبَغَهُ بهِ . . لزِمَ الغاصبَ أَنْ يَرُدَّ الثوبَ مصبوغاً ؛ لأَنّهما عينُ مالِهِ ، فإِنْ لَمْ تَنقُصْ قيمةُ الثوبِ والصِّبْغِ ، بأَنْ كانتْ قيمةُ الثوبِ قبلَ الصَّبْغِ عَشَرةً ، وقيمةُ الصِّبْغِ خمسةً ، فصارَتْ قيمتُهما بَعدَ الصَّبْغِ خمسةَ عشرَ . . فلا شيءَ علىٰ الغاصبِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُتلِفْ شيئاً مِنْ مالِ المغصوبِ منهُ ، وإِنْ زادَتْ قيمتُهما ، فصارَتْ عِشرينَ . . فلا شيءَ للغاصبِ ؛ لأَنَّ الزيادةَ حصَلَتْ بأَثرٍ مِنَ الغاصبِ لا بعينِ مالِهِ ، وإِنْ نقَصَتْ قيمتُهما ، فصارَتْ عَشَرةً . . لَزِمَ الغاصبَ معَ ردِّهما خمسةٌ ؛ لأَنّهما نَقَصا بفعلِهِ ، إلاَّ أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ ذٰلكَ النُّقصانَ لِنُقصانِ سعرِ الثيابِ ، أَوِ الصِّبغِ ، فلا يَلزَمُهُ شيءٌ ؛ لأَنَّ نُقصانَ السعرِ لا يَضمَنُهُ الغاصبُ معَ ردِّ العينِ .

مسأَلةٌ : [غصبَ ثوباً ثم صبغهُ من مالهِ] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ ثوباً ، فصبَغَهُ بصِبْغٍ مِنْ عندِهِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنَّ الغاصبَ يكونُ شريكاً لصاحبِ الثوبِ ؛ لأَنَّ الصِّبغَ عينُ مالِ الغاصبِ ، فإِذا خلَطَهُ بمالِ المغصوبِ منهُ . . صارَ شريكاً لهُ ، كما لو غَصَبَ منهُ طعاماً ، فخلَطَهُ بطعامٍ لهُ .

إذا ثبتَ هٰذا : فلا يَخلُو حالُهما مِنْ ثلاثةِ أَحوالٍ : إِمَّا أَنْ لا تزيدَ قيمتُهما ولا تَنْقُصَ ، وإِمَّا أَنْ تزيدَ قيمتُهما ، وإِمَّا أَنْ تَنقصَ قيمتُهُما .

فالحالةُ الأَولىٰ : إِنْ لَمْ تَزِدْ قيمتهما ولَمْ تَنقُصْ ، بأَنْ كانتْ قيمةُ الثوبِ قَبلَ الصِّبغِ عَشَرةً ، وقيمةُ الصَّبغِ عَشَرةً ، وقيمَتُهُما بعدَ الصَّبغِ عِشرينَ . . فإِنَّ الغاصبَ هاهنا يكونُ شريكاً لهُ في النِّصفِ ، فيكونُ فيهِ سَبْعُ مسائلَ :

إحداهُنَّ : أَنْ يتَّفِقا علىٰ بيعِهِما ، فإِذا بيعا . . قُسِمَ الثَّمنُ بينَهما نِصفينِ .

الثانيةُ : إِذا تراضيا علىٰ تركِ الثوبِ بحالهِ ، ويكونانِ شَريكينِ . . جازَ .

الثالثةُ : أَنْ يَطلُبَ الغاصبُ قَلْعَ صِبغِهِ . . فلَهُ ذٰلكَ ، ويُجبَرُ المغصوبُ منهُ علىٰ تَمكينهِ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الصِّبغَ عَينُ مالِ الغاصبِ ، فكانَ لهُ أَخذُهُ ، كما لو غَصَبَ

أرضاً ، وغَرَسَ فيها ، فلَهُ قَلْعُهُ ، إلاَّ أَنَّ الثوبَ إِنْ نَقَصتْ قيمتُهُ بقَلْعِ الصِّبغِ . . لَزِمَ الغاصبَ ما نَقَصتْ قِيمتُهُ ؛ لأَنَّهُ نَقصَ بسببٍ مِنْ جهتهِ .

الرابعةُ : إذا طلَبَ المغصوبُ منهُ أَنْ يَقلَعَ الغاصبُ صِبغَهُ مِنْ ثوبهِ ، فإنْ رَضيَ الغاصبُ بذٰلكَ . . فلا كلامَ ، وإنِ امتنعَ الغاصبُ . . فهلْ يُجبَرُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهو قولُ ابنِ خيرانَ ، وأَبي إسحاقَ ـ : أَنَّهُ يُجبَرُ ، كما لو غَصَبَ أَرضاً ، وغَرَسَ فيها .

والثاني ـ وهو قولُ أَبي العبَّاسِ ، **وعامَّةِ أَصحابِنا** ـ : أَنَّهُ لا يُجبَرُ الغاصبُ ؛ لأَنَّ الصِّبْغَ يَهلِكُ بالاستخراجِ ، بخلافِ النخلِ ، مَعَ أَنَّ الثوبَ لا يعودُ كما كانَ قبلَ الصِّباغِ ، بخلافِ الأَرضِ ، ولأَنَّ الغِراسَ لَمْ يَستقِرَّ ضَررُهُ ؛ لأَنَّ عُروقَهُ وأَغصانَهُ تَزيدُ ، بخلافِ الصِّبْغِ .

الخامسةُ : إذا بَذَلَ المَغصوبُ منهُ قيمةَ الصِّبْغِ ، ليتملَّكَهُ معَ الثوبِ ، فإنْ رَضيَ الغاصبُ بذٰلكَ . . جازَ ، وإنِ امتنعَ الغاصبُ ، بَلْ أَرادَ القَلْعَ . . لَمْ يُجبَرِ الغاصبُ علىٰ قَبولِ القيمةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (صاحبُ الثوبِ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُعطيَهُ قيمةَ الصِّبْغِ ، ويأَخذَهُ معَ الثوبِ ، ويُجبرَ الغاصبَ علىٰ قَبولِهِ ، وبينَ أَنْ يُسلِّمَ الثوبَ إِلىٰ الغاصبِ ، ويُطالبَهُ بقيمتِهِ) ، بناءً علىٰ أَصلِهِ : إذا جَنىٰ الغاصبُ علىٰ العينِ المغصوبةِ جِنايةً أَذْهبَ بها منفعَتَها المقصودَةَ ، وقدْ مضىٰ ذٰلكَ .

السادسةُ : إذا أَرادَ الغاصبُ البيعَ ، وامتنعَ صاحبُ الثوبِ . . فهلْ يُجبَرُ علىٰ البيعِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

أَحدُهما : يُجبَرُ ؛ ليَصِلَ الغاصبُ إِلىٰ ثَمنِ صِبغهِ ، كما يُجبَرُ الغاصبُ علىٰ البيعِ ليَصِلَ ربُّ الثوبِ إِلىٰ ثَمنِ ثوبهِ .

والثاني : لا يُجبَرُ ؛ لأَنَّهُ مُتعدٍّ ، فلَمْ يَستحِقَّ بتعدِّيهِ إزالةَ مِلكِ ربِّ الثوبِ عَنْ ثَوبهِ .

السابعةُ : إذا وَهَبَ الغاصبُ الصِّبْغَ مِنْ مالكِ الثوبِ . . فهلْ يُجبَرُ علىٰ قَبولِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُجبَرُ ؛ لأَنَّ الصِّبْغَ مُتَّصلٌ بمالِهِ ، فأُجبِرَ علىٰ قَبولِهِ ، كالسِّمَنِ في الجاريةِ .

والثاني : لا يُجبَرُ ؛ لأَنَّهُ عينٌ يمكنُ إِفرادُها ، فلَمْ يُجبَرْ علىٰ قَبولِهِ ، كالأَعيانِ المُنفرِدَةِ .

الحالةُ الثانيةُ : أَنْ تزيدَ القيمةُ ، بأَن صارَ الثوبُ يساوي بعدَ الصَّبْغِ ثلاثينَ :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإن كانتْ تلكَ الزيادةُ لزيادةِ سعرِ السُّوقِ في الثيابِ . . كانتِ الزيادةُ لصاحبِ الثوبِ ، وإِنْ كانتِ الزيادةُ بسعرِ السُّوقِ في الصِّبْغِ . . كانتْ للغاصبِ ، وإِنْ كانتْ بالعَمَلِ . . كانتْ بينَهما ؛ لأَنَّ مالَهما زادَ بعَمَلِ الغاصبِ ، وكلُّ زيادةٍ حصَلَتْ في المَغصوبِ بأَثَرٍ مِنَ الغاصبِ . . فإِنَّها تكونُ مِلكاً للمغصوبِ منهُ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّ الزيادةَ بينَهما نِصفينِ ، مِنْ غيرِ تفصيلٍ .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ فيهِ المسائلُ السبعةُ التي ذكرناها[1] ، إلاَّ أَنَّ هاهُنا إِنِ ٱختارَ الغاصبُ قَلْعَ صِبغِهِ . . فلَهُ قَلعُهُ بشرطِ أَنْ يَضمَنَ لصاحبِ الثوبِ ما نَقَصَ عَنْ قيمةِ الثوبِ في هٰذه الحالةِ ، وهوَ خَمسةَ عَشَرَ ؛ لأَنَّ الثوبَ زادَ في مِلكِ صاحبِهِ ، فصارَ مالكاً لهُ ولزيادَتِهِ ، فيلزَمُ الغاصبَ ما نَقَصَ مِنْ قيمتِهِ في هٰذه الحالةِ .

الحالةُ الثالثةُ : أَنْ تَنقُصَ القيمةُ ، قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فيُنظَرُ :

فإِنْ كانَ لنُقصانِ سعرِ الثيابِ . . كانَ ذٰلكَ مِنْ قيمةِ الثوبِ ، وإِنْ كانَ لنُقصانِ قيمةِ الصِّبغِ ، أَو كانَ لأَجلِ الصِّبغِ . . كانَ علىٰ صاحبِ الصِّبغِ أَرشُ ما نَقَصَ مِنْ قيمةِ الثوبِ ؛ لأَنَّهُ تَعدَّىٰ بالصَّبْغِ ؛ لأَنَّ الصِّبْغَ يتبدَّدُ[2] في الثوبِ .

---

(١) في نسخة : (ذلك التفصيل) .

(٢) يتبدد : يتفرَّق ، من بدَّدَ الشيء : فرَّقه .

وإنْ كانَ الصِّبغُ لَمْ يتبدَّدْ في الثوبِ ، وكانَ النُّقصانُ منهُ ، فإنْ كانَ النقصُ ببعضِ قيمةِ الصِّبغِ ، بأَنْ صارَ الثوبُ وهوَ مصبوغٌ يساوي خَمسةَ عَشَرَ . . فإنَّ الغاصبَ يَصيرُ شريكاً بالثلُثِ ، وفيهِ المسائلُ التي ذكرناها . وإنْ نَقَصَ جميعُ قيمةِ الصِّبغِ حتّىٰ صارَ الثوبُ وهوَ مَصبوغٌ يساوي عَشَرةً . . فإنَّ الشافعيَّ قالَ : (يقالُ للغاصبِ هاهنا : عينُ مالكَ قدِ ٱستهلِكَ ، فإنْ شئتَ تَركتَهُ ، ولا شيءَ عليكَ وَلا لكَ ، فلا شيءَ عليهِ ؛ لأَنَّ قيمةَ الثوبِ لَمْ تَنقُصْ ، ولا شيءَ لهُ ؛ لأَنَّ عينَ مالِهِ قدِ ٱستُهلِكَ ، وإنِ ٱخترتَ أَنْ تقلَعَهُ علىٰ أَنَّ عليكَ ما نَقَصَ الثوبُ عَنِ العَشَرةِ . . كانَ لكَ ذٰلكَ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويجيءُ إذا طالبَ المغصوبُ منهُ الغاصبَ بقلعِ الصِّبغِ . . لَزِمَهُ علىٰ أَحدِ الوجهينِ ، ولا يَجيءُ هاهنا دَفعُ قيمةِ الصِّبغِ ، ولا هِبةُ الصِّبغِ ؛ لأَنَّهُ لا قيمةَ لهُ ، ولا يَستَحِقُّ الغاصبُ شيئاً مِنَ الثوبِ ؛ لأَنَّ صِبغَهُ قد تَلِفَ ، فإنْ صارتْ قيمةُ الثوبِ ثمانيةَ دَراهمَ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : قيلَ للغاصبِ : قدِ ٱستُهلكَ عينُ مالِكَ ، ونَقَصَ قيمةُ الثوبِ بفِعلكَ ، فأَنتَ بالخِيارِ : بينَ أَنْ تتركَ الثوبَ مصبوغاً ، وعليكَ ما نَقَصَ مِنْ قيمتِهِ ، وهو دِرهمانِ ، أَو تَقلَعَ الصِّبغَ ، وعليكَ ضَمانُ ما يَنقُصُ مِنْ قيمةِ الثوبِ ؛ لأَنَّ الصِّبغَ عينُ مالِهِ .

فرعٌ : [غصبَ ثوباً وصبغَهُ بصبغٍ مغصوبٍ] :

وإنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ ثوباً ، ومِنْ آخرَ صِبغاً ، وصَبَغَ بهِ الثوبَ . . نَظرتَ :

فإنْ كانتِ القيمتانِ بحالِهما . . كانا شريكينِ في ذٰلكَ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ويَنبغي أَنْ يكونَ إذَا قُلنا : إنَّ الصِّبغَ إذَا كانَ للغاصبِ ، أَجبرناهُ علىٰ قلعِهِ . . أَنْ يكونَ هاهنا لصاحبِ الثوبِ قَلْعُهُ ، وما يَنقصُ يكونُ علىٰ الغاصبِ .

وإنْ كانتِ القيمةُ قدْ زادتْ . . كانتِ الزيادةُ بينَهما ، وإنْ نَقَصتْ ، فإنْ كانَ لنُقصانِ سِعرِ الثيابِ . . كانَتْ علىٰ صاحبِ الثوبِ ، وإنْ كانَ للعَمَلِ . . كانَتْ مِنْ صاحبِ الصِّبغِ ، ويَرجعُ علىٰ الغاصبِ بها ؛ لأَنَّ الصِّبغَ يَتبدَّدُ ، والثوبُ بحالِهِ .

مسأَلةٌ : [غصبَ خشبةً وبنىٰ عليها] :

إذا غَصَبَ ساجَةً ، أَو خَشبةً ، فبنىٰ عليها ، فإِنْ عَفِنَتِ السّاجَةُ ، أَو الخَشَبةُ . . لَمْ يَلزَمْهُ رَدُّها ؛ لأنَّها صارتْ كالمُستهلَكةِ ، ويردُّ قيمتَها ؛ لأنَّهُ لمّا تعذَّرَ ردُّهَا . . وَجَبتْ عليهِ قيمتُها ، كما لو أَتلفَها ، وإِنْ كانتْ باقيةً . . لَزِمَ الغاصبَ قَلعُها وردُّها علىٰ مالِكِها ، وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَلزَمُهُ ردُّها إِذا كانتْ مُغيَّبةً في البناءِ) .

دليلُنا : قولهُ ﷺ : « عَلىٰ ٱليَدِ مَا أَخَذتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَهُ » ، وقولهُ ﷺ : « لا يأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيْهِ جَادّاً ، ولا لاَعِباً ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيْهِ . . فَلْيَرُدَّهَا »[١] . فنصَّ علىٰ العَصا ؛ لينبِّهَ بها علىٰ ما سِواها .

ولأَنَّها عينٌ مغصوبةٌ يمكنُ رَدُّها ، فوَجبَ ردُّها ، كما لو لَمْ يَبْنِ عليها .

فرعٌ : [غصبَ خيطاً وخاطَ به] :

وإِنْ غَصبَ منهُ خيطاً ، فخاطَ بهِ . . نَظرتَ :

فإِنْ بَلِيَ الخَيطُ . . لَمْ يَلزَمْهُ رَدُّهُ ؛ لأَنَّهُ صارَ كالمُستهلَكِ ، وتجبُ قيمتُهُ .

وإِنْ كانَ باقياً . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ قدْ خاطَ بِه الثوبَ . . فُتِقَتِ الخِياطةُ ، ورُدَّ عليهِ الخَيطُ ؛ لأَنَّهُ عَينُ مالِ المَغصوبِ منهُ ، فإِنْ كانَ قدْ نَقَصَ . . لَزِمَهُ أَرشُ النقصِ .

وإِنْ خاطَ بهِ جُرحَ حَيَوانٍ ، فإِنْ كانَ لا حُرمةَ لهُ ، كالكلبِ العَقورِ والخِنزيرِ والمُرتَدِّ . . نُزِعَ الخيطُ وإِنْ خيفَ علىٰ الحَيَوانِ الهلاكُ ؛ لأَنَّ أَكثرَ ما في نَزعِهِ تَلَفُ الحَيَوانِ ، وقد وَرَدَ الشرعُ بإِتلافِهِ[٢] ، وإِنْ كانَ الحَيَوانُ لهُ حرمةٌ . . نَظرتَ :

---

(١) سلف في التعليقات مع شواهده ، وقال عنه الترمذي : حسن غريب .
(٢) بشرط عدم التعذيب ؛ لما ورد في النهي عن ذٰلكَ .

فإنْ كانَ لا يُؤكلُ لَحمُهُ ، كالعبيدِ ، والبِغالِ ، والحميرِ ، فإنْ كانَ يَخافُ عليهِ التلفَ بقلعِ الخيطِ . . لَمْ يَقلعْ ؛ لأنَّ للحَيَوانِ حُرمتينِ : حُرمةً لمالِكهِ ، وحُرمةً للهِ تعالىٰ ، ولهٰذا لو ٱحتاجَ إلىٰ أَخذِ هٰذا الخيطِ ليَخيطَ بهِ جُرحَهُ ، أو جُرحَ حَيَوانٍ لهُ مِنْ بغلٍ أو حِمارٍ ، ولَمْ يكنْ في مِلكِهِ . . كانَ لهُ أَخذُهُ بغيرِ إذنِ مالِكهِ ، فإذا خاطَ بهِ . . لَمْ يَلزَمْهُ نزعُهُ ، ويجبُ عليهِ قيمَتُهُ . وإنْ كانَ يَخافُ مِنْ نزعِ الخيطِ الزيادةَ في العِلَّةِ ، وإبطاءَ البُرءِ ، وحدوثَ الشَينِ[1] . . فهلْ هو كخوفِ التلَفِ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في الجَريحِ إذا خَافَ ذٰلكَ مِنِ ٱستعمالِ الماءِ .

وإنْ كانَ لا يَخافُ من نزعِ الخيطِ التلفَ ، ولا إبطاءَ البُرءِ . . وَجبَ نزعُ الخيطِ ؛ لأَنَّهُ مقدورٌ علىٰ ردِّهِ مِنْ غيرِ ضررٍ .

وإنْ كانَ قدْ خاطَ بهِ جُرحَ حَيَوانٍ يُؤكلُ لحمُهُ ، فإنْ لَمْ يَخَفِ التلفَ مِنْ نزعِهِ . . وَجبَ نزعُهُ ، وإنْ كانَ يَخافُ التلفَ مِنْ نَزعهِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ نزعُهُ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ ذبحُهُ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ لهُ حُرمةً بنفسهِ ، وقدْ : (نهىٰ النبيُّ ﷺ عَنْ ذَبحِ الحَيَوانِ لِغَيرِ مَأْكَلَةٍ)[2] .

فإنْ ماتَ الحَيَوانُ الذي خِيفَ مِنْ نَزعِ الخَيطِ منهُ التلَفُ . . فهلْ يُقلَعُ ؟

---

(١) الشين : ضدُّ الزين ، العيب والنقص ، وفي خبر : (ما شانه الله بشيب) .

(٢) أخرجه عن أبي بكر مالك في « الموطأ » بلفظ : (أنه ﷺ نهىٰ عن ذبح الحيوان إلا لأكله) ، كما ذكره في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٢) .

وأخرجه بنحوه عن ابن عمرو رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٩٨) ، وأحمد في « المسند » (٢/ ١٦٦ و ١٩٧) ، والنسائي في « الصغرى » (٤٣٤٩) في الصيد والذبائح ، باب : إباحة أكل العصفور ، والحاكم في « المستدرك » (٤/ ٢٣٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٩/ ٨٦) ، ومن ألفاظه : « من قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها . . سأله الله تعالى عن قتله » ، و : « ما من إنسان قتل عصفوراً فما فوقها بغير . . . » .

وأخرجه عن القاسم بن عبد الرحمن الشامي أبو داود في « المراسيل » بلفظ : « ولا تقتل غنمة ليست لك بها حاجة » ، كما قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٢) أيضاً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣١٣] : إِنْ كانَ غيرَ الآدميِّ . . قُلِعَ ، وإِنْ كانَ آدمياً . . ففيهِ وجهانِ .

مسأَلةٌ : [غصبَ لوحاً وأَدخلهُ سفينةً] :

وإِنْ غَصبَ لوحاً ، وأَدخلهُ في سفينةٍ ، فإِنْ كانتِ السفينةُ في الجفافِ ، أَو في مَوضعٍ مِنَ البحرِ بقُربِ الشطِّ . . قُدِّمتْ إِلىٰ الشطِّ ، وقُلِعَ اللوحُ ، ورُدَّ علىٰ صاحبهِ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ ردُّه علىٰ مالكِهِ بغيرِ ضرورةٍ . وإِن كانتِ السفينةُ في لُجَّةِ[1] البحرِ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ اللَّوحُ في أَعلىٰ السفينةِ بحيثُ لا يُخافُ الغَرَقُ في قَلعِهِ . . وَجبَ قلْعُهُ .

وإِن كانَ في أَسفلِها بحيثُ إِذا قُلِعَ خِيفَ الغَرَقُ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ في السفينةِ حَيَوانٌ لهُ حُرمةٌ : آدميٌّ ، أَو غيرُ آدميٍّ . . لَمْ يَجُزْ قَلْعُهُ ، سواءٌ كانَ للغاصبِ أو لغيره ؛ لأَنَّ الحيوانَ إِنْ كانَ لغيرِ الغاصبِ . . فلَهُ حُرمتانِ : حُرمةٌ لمالكِهِ ، وحُرمةٌ للهِ تعالىٰ ، وإِنْ كانَ الحَيَوانُ للغاصبِ . . فلَهُ حُرمةٌ للهِ تعالىٰ ، فلا يجوزُ هَتكُها .

وإِنْ كانَ فيها مالٌ غيرُ الحَيَوانِ ، فإِنْ كانَ لغيرِ الغاصبِ . . لَمْ يَجُزْ قلعُهُ لحُرمةِ مالكِهِ ، وإِنْ لَمْ يكنْ فيها إِلاّ مالُ الغاصبِ ، أَو لَمْ يكنْ فيها مالٌ ، إِلاَّ أَنَّهُ يَخافُ علىٰ السفينةِ أَنْ تَغرقَ إِذا قَلعَ اللَّوحَ . . فهلْ يُقلعُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُقلَعُ ، كما يُقلعُ البناءُ لردِّ الساجَةِ ، والخَشَبةِ .

والثاني : لا يُقلعُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّهُ يمكنُ ردُّهُ معَ سلامةِ مالِ الغاصبِ ، وهوَ إِذا دَخلتِ الشطَّ ، بخلافِ الساجَةِ والبناءِ .

وكلُّ مَوضعٍ قُلنا : لا يجبُ قلعُهُ . . فللمالكِ أَنْ يُطالِبَ بقيمَةِ اللَّوحِ إِلىٰ أَنْ يَأْخُذَ لَوحَهُ ، كما قُلنا فيمنْ غَصبَ عبداً ، وأَبَقَ منهُ ، فإِذا قُلعَ اللوحُ ، وسُلِّمَ إِلىٰ مالِكِهِ . . رَدَّ ما أَخذهُ من قيمتِهِ .

---

(١) **اللُّجَّةُ** : معظم البحر وترددُ أمواجه ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ فِي بَحۡرٖ لُّجِّيّٖ ﴾ [النور : ٤٠]، أي: متلاطم الموج ، وسلفت المسألة في ترجمة الإمام الشافعي (١/ ٧٢) في لقائه مع محمد بن الحسن.

وإنِ ٱختلطَتِ السفينةُ التي فيها اللوحُ بسفُنٍ للغاصبِ ، ولَمْ تتميَّزْ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « المهذَّبِ » :

أحدُهما : يُقلَعُ جميعُ السفنِ ، كما يُقلعُ جميعُ السفينةِ .

والثاني : لا يُقلعُ ؛ لأنَّهُ إتْلافُ ما لَمْ يَتعيَّن فيهِ التعدِّي .

مسألَةٌ : [غصبَ جوهرةً فٱبتلعتها بهيمتُهُ] :

إذا غَصَبَ جَوهرةً ، فٱبتلعتْها بهيمَةٌ لهُ ، فإنْ كانتْ بهيمةً لا تُؤكلُ . . لَمْ يَجُزْ شَقُّ بَطنِها لإخراجِ الجوهَرةِ ؛ لأنَّ قتلَها لا يجوزُ ، ويَلزَمُ الغاصبَ قيمةُ الجوهرةِ ، فإنْ خَرجتِ الجَوهرةُ مِنَ البهيمةِ . . وَجبَ رَدُّها إلىٰ مالِكها ، وأَرشُ نقْصِها إنْ نَقَصتْ بالابتلاعِ ، ووَجبَ علىٰ المغصوبِ منهُ رَدُّ ما أَخذَ مِنَ القيمةِ ، وإنْ كانتْ لِمثلِها أُجرةٌ . . فهلْ تَجبُ أُجرتُها لهُ مِنْ حينِ أَخَذَ القيمةَ إلىٰ أَنْ رَجَعتْ إليهِ الجوهرةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، كمَا قُلنا فيمنْ غَصَبَ عَبداً ، فأَبَقَ منهُ .

وإن كانتِ البهيمةُ مأكولةً . . فهلْ يَجبُ ذَبحُها ، ورَدُّ الجَوهرةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في الخيطِ إذَا خِيطَ بهِ جُرحُ حَيَوانٍ مأكولِ اللَّحمِ وخيفَ مِنْ نَزعهِ تَلفُ الحَيَوانِ .

فرعٌ : [إتلافُ بهيمتِهِ مالَ غيرِهِ] :

وإنْ كانتْ لهُ بهيمةٌ ، فأَتلفتْ مالاً لغيرِهِ ، فإنْ لَمْ تكنْ يدُ صاحبِها عليها . . لَمْ يجبْ علىٰ مالِكِها الضمانُ ؛ لأنَّ مالكَ البهيمةِ لا يَلزَمُهُ حِفظُها نهاراً ، فلا يَلزَمُهُ ضمانُ ما أَتلفتْهُ ، وإنْ أَتلفتْ شيئاً وهي تحت يَدِ إمّا سائقِها ، أَو قائدِها ، أَو راكبِها . . لَزِمَهُ ضمانُ ما أَتلَفتْ ؛ لأنَّها إذا كانتْ تحتَ يدِهِ . . كانتْ جِنايتُها كجنايتِهِ ، فإنْ أَتلفتْهُ بيدِها ، أَو رِجْلِها ، أَو نابِها . . ضَمِنَهُ[1] بمِثلهِ إنْ كانَ لهُ مِثلٌ ، أَو بقيمَتِهِ إنْ لَمْ يكنْ لهُ

---

(١) في نسخة : (لزِمَهُ) .

مِثلٌ ، وإِنِ ٱبتَلعتْهُ ، فإِنْ كانَ مِمّا يَتلَفُ بالابْتلاعِ ، كالطعامِ . . كانَ كما لو أتلفتْهُ بيدِها ، أَو رِجلِها ، وإِنْ كانَ مِمّا لا يَتلفُ بالابتلاعِ ، كالجواهرِ ، واللؤلؤِ . . فَهو كما لو غَصبَ جَوهرةً ، وٱبتلعتْها بَهيمةٌ علىٰ ما مَضىٰ .

فرعٌ : [ٱبتاعَ شاةً فأَكلتْ ثمنَها] :

فأَمّا إِذا ٱبْتاعَ شاةً بثَمنٍ ، فأَكَلتِ الشاةُ ثَمَنها . . لَمْ يخلُ : إِمّا أَنْ يكونَ الثَّمنُ معيَّناً ، أَو غيرَ مُعيَّنٍ .

فإِنْ كانَ معيَّناً . . نظرتَ :

فإِن أكلتْهُ قَبلَ أَنْ يَقبِضَهُ البائعُ . . بَطَلَ البيعُ ؛ لأَنَّ الثَّمنَ المعيَّنَ إِذَا تَلِفَ قَبلَ القبضِ . . بَطَلَ البيعُ ، فإِن كانتْ يدُ المُبتاعِ علىٰ الشاةِ حينَ أَكلتْ ذٰلكَ ، أَو لا يدَ لأَحدٍ عَليها . . لَمْ يَرجِعِ المُبتاعُ ببدَلِ ثمنهِ علىٰ أَحدٍ ، وإِنْ كانتْ يدُ البائعِ علىٰ البهيمةِ . . لَزِمَهُ ضَمانُ ذٰلكَ للمُبتاعِ ، فإِنْ كانَ مِمّا يَتلَفُ بالابتلاعِ . . ضَمِنَهُ بمثلِهِ إِنْ كانَ لهُ مِثلٌ ، أَو بقيمتِهِ إِنْ لَمْ يكنْ لهُ مِثلٌ ، وإِن كانَ مِمّا لا يَتلَفُ بالابتلاعِ ، كالدراهمِ ، والدنانيرِ ، فإِنْ كانتِ البهيمةُ غيرَ مأكولةِ اللَّحمِ . . لَمْ يَجُزْ شَقُّ بَطنِها ، بَلْ يَجبُ عليهِ ضَمانُهُ ، وإِنْ كانتْ مأكولةَ اللَّحمِ . . فهلْ يجبُ ذَبحُها لإِخراجِهِ ؟ علىٰ القولينِ .

وإِنْ كانَ ذٰلكَ بعدَ قَبضِ الثَّمنِ . . لَمْ يَبطُلِ البيعُ ، بَلْ يَكونُ الثَّمنُ علىٰ مِلكِ البائعِ ، والبهيمةُ علىٰ مِلكِ المُشتري ، فإِنْ كانتْ يدُ البائعِ علىٰ البهيمةِ حينَ أَكلتْ ذٰلكَ ، أَو لا يدَ لأحدٍ عليها . . فلا شيءَ لهُ ، وإِنْ كانتْ يدُ المُشتري عليها حينَ الأَكلِ . . وَجبَ عليهِ ضَمانُ الثَّمنِ ، والكلامُ في الضمانِ علىٰ ما مضىٰ .

وإِنْ كانَ الثَّمنُ غيرَ مُعيَّنٍ ، بأَنِ ٱشتراها بثَمنٍ في ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ عَزَلَ المشتري مِثلَ الثَّمنِ مِنْ مالِهِ ليُسلِّمَهُ إِلىٰ البائعِ ، فأَكلتْهُ البَهيمةُ . . فإِنَّ البيعَ لا يَبطُلُ بذٰلكَ ، ويكونُ الثَّمنُ تالِفاً علىٰ مِلكِ المشتري ، فإِن كانتِ البهيمةُ في يدِ المُشتري ، حينَ الأَكلِ ، أَو لا يدَ لأَحدٍ عليها . . فلا يَرجعُ علىٰ أَحدٍ ، وإِنْ كانتْ يدُ البائعِ علىٰ البهيمةِ . . وَجبَ عليهِ ضمانُهُ ؛ لأَنَّ مَنْ يدُهُ علىٰ بهيمةٍ . . يَجبُ عليهِ ضمانُ مَا أَتلفتْهُ وإِنْ لَمْ تكنْ مِلكاً لهُ ، كمَنِ ٱستعارَ بَهيمةً ، أَو غَصَبها ، أَوِ ٱستأجَرها .

فرعٌ : [إدخالُ البهيمةِ رأسَها في قِدرٍ وتعسُّرُ إخراجِهِ] :

وإنْ أَدخلتْ بَهيمةٌ رأسها في قِدرٍ باقِلائيٍّ[١] ، ولَمْ يُمكنْ إخراجُ رأسِها إلاَّ بِكسرِ القِدْرِ ، أَو بِذَبحِ البَهيمةِ ، فإنْ كانتْ يدُ صاحبِ البَهيمةِ عَليها حينَ أَدخلتْ رأسَها . . لَزِمَهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ كانَ يَلزَمُهُ حِفظُها .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانتِ البَهيمةُ غيرَ مأكولَةِ اللَّحمِ . . كُسِرَ القِدرُ ، ولَزِمَهُ ما نَقَصَ مِنْ قيمتهِ ؛ لأَنَّهُ كُسِرَ لتخليصِ مِلكهِ ، وإِنْ كانتْ مَأكولَةَ اللَّحمِ . . فهلْ يُكسَرُ القِدرُ ، أَو تُذبَحُ البَهيمةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في البهيمةِ المأكولةِ إذا خِيطَ جُرحُها بخيطٍ مَغصوبٍ .

وإنْ لَمْ تكن يدُ صاحبِها عليها . . نَظرتَ :

فإنْ فَرَّطَ صاحبُ القِدرِ ، بأَنْ تَركَ قِدرَهُ علىٰ الطريقِ ، فجاءَتِ البَهيمةُ ، ولا يدَ لأَحدٍ عليها ، فأَدْخلتْ رأسَها فيه . . لَمْ يكنْ[٢] علىٰ مالكِ البهيمةِ الضمانُ ؛ لأَنَّ مالكَ القِدرِ فرَّطَ .

فعلىٰ هٰذا : يُكسَرُ القِدرُ ، ويُخرَجُ رأسُ البهيمةِ ، ولا شيءَ علىٰ مالكِ البهيمةِ .

وإنْ لَمْ يُفرِّطْ صاحبُ القِدرِ ، بأَنْ كانَ القِدرُ مُحْرَزاً[٣] في دُكّانِهِ ، أَو دارِهِ ، فجاءَتِ البهيمةُ ، فأَدخلتْ رأسَها فيهِ . . كُسِرَ القِدرُ لإخراجِ رأسِ البهيمةِ ، ووَجبَ علىٰ مالكِ البهيمةِ ما نَقَصَ مِنْ قيمتِهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ فُعِلَ لتخليصِ مِلكهِ .

---

(١) القِدر : إناء يطبخ فيه ، مؤنثة ، وتصغيرها قُدَيْر بلا هاء علىٰ غير قياس ، وتجمع علىٰ : قدور ، مثل : حمل وحمول . وقدر الباقِلائي : ما يطبخ به الفوّال من خزف أو معدن ما يسمى بالفول المدمس . وهو إناء متطاول يشبه جرة الماء .

(٢) في (م) : (يجب) .

(٣) في نسخة : (موجوداً) .

فرعٌ : [أَدخلَ فصيلاً غَصَبهُ إِلىٰ دارِهِ فكبُرَ] :

إذا غَصَبَ مِنْ رجلٍ فَصيلاً ، وأَدخلَهُ الغاصبُ إِلىٰ دارِهِ ، فكبُرَ ، ولَمْ يمكن إِخراجُهُ إِلاَّ بهدمِ البابِ . . هُدِمَ البابُ ، وأُخرِجَ الفصيلُ ، ولا شيءَ على مالكِ الفَصيلِ ؛ لأَنَّ التفريطَ حَصَلَ مِنَ الغاصبِ .

وإِنْ أَدخلَهُ صاحبُ الفصيلِ إِلىٰ دارِ غيرِهِ ، أَوِ ٱنفلتَ الفصيلُ بنفسهِ ، ودَخلَ الدارَ . . نُقِضَ البابُ ، وأخرِجَ الفصيلُ ، ووَجبَ علىٰ مالكِ الفَصيلِ ما يَلزَمُ[1] علىٰ إِصلاحهِ منَ المُؤنَةِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حَصَلَ لتخليصِ مِلكِهِ ، وكذٰلكَ لوِ ٱشترىٰ مِنْ رجلٍ داراً ، ولهُ فيها مالٌ لا يمكنُ إِخراجُهُ إِلاَّ بنقضِ البابِ ، كالصُّندوقِ الكبير ، والحُبِّ[2] الكبيرِ . . هُدِمَ البابُ لإِخراجِ ذٰلكَ ، ووَجبَ علىٰ البائعِ إِصلاحُ البابِ كما كانَ ؛ لأَنَّ الهَدمَ حَصلَ لتخليصِ[3] مِلكِهِ .

فرعٌ : [طَرحَ ديناراً غَصبهُ في مِحبَرتِهِ] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ ديناراً ، وطَرَحَهُ الغاصبُ في مِحبَرتِهِ[4] ، ولَمْ يمكنْ إِخراجُهُ إِلاَّ بكسرِ المِحبرَةِ . . كُسِرَتِ المِحبَرةُ ، ورُدَّ الدينارُ ، ولا يجبُ ضمانُ المِحبَرةِ ؛ لأَنَّ التفريطَ جاءَ من مالكِها .

وإِنْ طرحَ مالكُ الدينارِ دينارَهُ في مِحبَرةِ غَيرِهِ ، أَو وقعَ الدينارُ فيها مِنْ طاقٍ ، أَو غيرِهِ بغيرِ تفريطٍ مِنْ أَحدِهما . . كُسِرَتِ المِحبَرةُ ، وأُخرِجَ الدينارُ ، وَوَجَبَ علىٰ مالكِ الدينارِ ما نَقصتْ بالكسرِ ؛ لأَنَّها كُسِرَتْ لِتخليصِ مِلكهِ . وإِنْ رضيَ مالكُ الدينارِ بتركِ دينارِهِ فيها . . فلا كلامَ . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وينبغي إِذا ضَمِنَ صاحبُ المِحبَرةِ بدَلَ

---

(١) في نسخة : (يغرم) .
(٢) الحُبّ ـ بالضم ـ : الخابية ، فارسي معرَّب ، كزير الماء .
(٣) في نسخة : (لإِصلاح) .
(٤) المحبرة : وعاء الحبر ، وتصنع من معدن وزجاج ، ولها طاق ممتد إلى داخلها منحرف ومنعطف على جميع فجوتها لكيلا يسيل منها الحبر إذا مالت أو كُبت على وجهها .

الدينارِ إذا لَمْ يَغصِبِ الدينارَ . . أَن لا يَجِبَ كَسرُ مِحبَرتِهِ ؛ لأَنَّهُ قَدْ زالَ الضررُ عَنْ مالكِ الدينارِ ، وصاحبُ المِحبرةِ غيرُ مُفرِّطٍ في ذٰلكَ .

فرعٌ : [أَسندَ خشبه علىٰ جدارٍ فسقط] :

قالَ ٱبنُ القاصِّ[1] : لو أَنَّ رَجلاً كانَ يَحملُ خَشَباً ، فٱستراحَ إِلىٰ جدارٍ ، فأَسنَدَهُ ، فوقعَ علىٰ إنسانٍ ، أَو شيءٍ ، فأَتلَفهُ ، فإِنْ كانَ الجِدارُ لغيرِهِ ، فأَسندَهُ إِليهِ بغيرِ إِذنِهِ . . ضَمِنَ الجِدارَ وما يَسقُطُ عليهِ ، وإِنْ كانَ الجِدارُ لهُ ، فإِنْ سَقَطَ في حالِ وَضعِهِ . . ضَمِنَ ما يَسقُطُ عليهِ ، وإِنْ لَمْ يَسقُطْ في الحالِ ، وإِنَّما سَقَطَ بعدَ ساعةٍ . . فلا ضمانَ عليهِ . قالَ أَصحابُنا : **هٰذا صحيحٌ** ، إِذا كانَ الجِدارُ لغيرِهِ فأَسنَدَ إِليهِ بغيرِ إِذنِهِ . . فيَجِبُ عليهِ ضمانُ ما وقعَ عليهِ ، سواءٌ وَقَعَ في الحالِ أَو بعدَ ساعةٍ ؛ لأَنَّهُ مُتعدٍّ بذٰلكَ ، وإِنْ كانَ الجِدارُ لهُ ، وسَقَطَ في الحالِ . . ضَمِنَ ما وَقَعَ عليهِ ، كما لو رَمىٰ حَجَراً ، فأَتلفَ بها إنساناً ، أَو مالاً لغيرِهِ ، وإِنْ وَقفَ ، ثُمَّ سَقَطَ . . فلا يَضْمَنُ ما سَقَطَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُتعدٍّ ، كما لو حَفَرَ في مِلكِهِ بئراً ، فَوقَعَ فيها إنسانٌ .

قالَ أَبو عليٍّ السِّنجيُّ : إِلاَّ إِنْ مالَ الجِدارُ إِلىٰ هواءِ الشارعِ بوضعِ الخَشَبِ ، فوقفَ مائِلاً ، ثُمَّ سَقَطَ علىٰ إِنسانٍ ، أَو مالٍ . . فيَجِبُ عليهِ ضمانُهُ ؛ لأَنَّهُ إِذا مالَ إِلىٰ هواءِ الشارعِ . . لَزِمَهُ إِزالتُهُ عَنْ هواءِ الشارعِ ، فإِذا لَمْ يَفعَلْ . . صارَ متعدِّياً ، فَضَمِنَ ما وَقَعَ عليهِ .

فرعٌ : [ٱحتكَّتْ راحلتُهُ بجدارٍ فسقَطَ ، وحفرُ بئرٍ في الحرم] :

قالَ الطبريُّ : فإِنْ كانَ رجلٌ يَحمِلُ حَطَباً علىٰ حمارٍ ، فٱحتكَّ الحِمارُ بجدارِ رجلٍ ، فأَسقطَهُ . . كانَ علىٰ سائقِ الحِمارِ الضمانُ ؛ لأَنَّ عليهِ أَنْ يَحفَظَهُ مِنْ إِتلافِ مالِ الغيرِ .

وهٰكذا : لو تَعلَّقتْ خَشَبةٌ منهُ بثوبِ رجلٍ علىٰ الطريقِ ، فخرَقَتْهُ ، فإِنْ كانَ صاحبُ

---

(١) في (م) : (ابن الصباغ) .

الثوبِ لمّا تعلَّقَتْ بهِ الخَشَبةُ وقفَ ، ولَمْ يَجذِبْ ثَوبَهَ . . وجبَ الضمانُ علىٰ سائقِ الحِمارِ ؛ لأَنَّ التلفَ حَصَلَ منهُ ، وإنْ لَمْ يَقِفْ صاحبُ الثوبِ ، بَلْ مَشىٰ ، وجَبَذَ ثوبَهُ ، فٱنخرقَ الثوبُ بمَشيهِ ، وبمشيِ الحِمارِ . . وَجبَ علىٰ سائقِ الحِمارِ ضمانُ نِصفِ الأَرشِ ، وسَقَطَ النِّصفُ ؛ لأَنَّهُ ٱنخرقَ بفعلِهِما .

قالَ ٱبنُ القاصِّ : إذا حَفَرَ في مِلكِهِ بئراً في الحَرَمِ ، فَهلَكَ بها إنسانٌ . . لَمْ يَضمَنْهُ ، وإنْ هَلَكَ بها صيدٌ . . فَحكىٰ الرَّبيعُ عَنِ الشافعيِّ : (أَنَّهُ يَضمَنُهُ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيه :

فمنهمْ مَنْ سَلَّمَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ حُرمَةَ الحَرَمِ باقيةٌ في مِلكِهِ ، فجازَ لهُ التصرُّفُ فيهِ بشرطِ السلامةِ ، كمَا لو نَصَبَ شَبَكَةً ، أَو رَمىٰ سَهماً في مِلكِهِ في الحَرَمِ ، فَقتَلَ بهِ صَيداً . . فإنَّهُ يَجبُ عليهِ ضَمانُهُ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لا يَضمَنُ الصيدَ ؛ لأَنَّ كلَّ ما لا يُضمَنُ بهِ الآدميُّ ومالُ الغيرِ . . لَمْ يُضمَنْ بهِ الصيدُ ، كما لو حَفَرَ بئراً في مِلكِهِ في غيرِ الحَرَمِ . وأَوَّلُوا نَصَّ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ علىٰ : أَنَّهُ ٱضْطَرَّ الصيدَ إلىٰ الوقوعِ في البئرِ .

قالَ الشيخُ أَبو زيدٍ : ولعلَّهُ أَجابَ علىٰ قولِ مَنْ يقولُ : الحَرَمُ لا يُملَّكُ ، فكأَنَّهُ حَفَرَ في أَرضِ غيرِهِ .

فرعٌ : [دخلَ داراً بغيرِ إذنِ مالكِها فإنَّهُ يَضمَنُ ما فيها] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إذا دَخلَ دارَ غيرِهِ بغيرِ إذنِهِ ، فإنْ كانَ صاحبُها فيها . . لَمْ يَضمَنْها ؛ لأَنَّ يدَ صاحبِها عليها ، فلَمْ تَثبُتْ يدُ الدخلِ عليها ، وإنْ كانَ صاحبُها ليسَ هو فيها . . ضَمِنَها ، وكذٰلكَ : إذَا دَخَلَ داراً يَظُنُّها دارَهُ ، وهيَ لغيرِهِ ، ولَمْ يكنْ صاحبُها فيها . . ضَمِنَها ؛ لأَنَّ يدَهُ تَثبُتُ عليها .

وإنْ غَصَبَ داراً ، وفيها أَمتِعةٌ . . فهلْ يكونُ غاصباً للأمتِعةِ قَبلَ نَقلِها ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما أَبو المحاسنِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ لا يكونُ غاصباً لها ؛ لأَنَّ ما يُنقَلُ لا يُضمَنُ إلاَّ بالنَّقْلِ .

والثاني : يكونُ غاصباً لها تَبَعاً للدارِ .

وإِنْ رَأَىٰ دابَّةً واقفةً ، وليسَ معها صاحبُها ، فَركِبَها ، ولَمْ تمشِ بهِ . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : لا أَعرِفُ فيها شيئاً لأَصحابِنا ، وعندي : أَنَّهُ لا يَضمَنُها ؛ لأَنَّا نَعتبِرُ الغصبَ بالقبضِ في العقودِ ، ولا يَصيرُ قابضاً للدابّةِ حتَّىٰ يَنقُلَها ، فإِذا نَقَلَها مِنْ مَوضِعِها . . ضَمِنَها .

فرعٌ : [غصبَ فحلاً وأَنزاهُ علىٰ بهائمهِ] :

وإِن غَصَبَ مِنْ رجلٍ فحلاً ، فأَنزاهُ[1] علىٰ بهائِمهِ ، فَنُتِجتْ . . فإِنَّ الأَولادَ تكونُ مِلكاً للغاصبِ ؛ لأَنَّ الولَدَ يَتبَعُ الأُمَّ في المِلكِ ، كما نقولُ فيمنْ زَوَّجَ أَمتَهُ ، فأَولدَتْ ، ويَلزَمُهُ أَنْ يَرُدَّ الفحلَ ، فإِنْ نَقَصَ منهُ شيءٌ بالإِنزاءِ . . لَزِمَهُ ضَمانُهُ ؛ لأَنَّهُ نَقَصَ بعُدوانِهِ ، وأَمّا الأُجرةُ : فإِنْ قُلنا : يجوزُ ٱستئجارُ الفحلِ للضِّرابِ . . لَزِمَهُ أُجرتُهُ ، وإِنْ قُلنا : لايجوزُ ، **وهوَ الصحيحُ** . . لَمْ يَلزَمْهُ .

وإِن غَصَبَ غَنَماً إِناثاً ، فأَنزىٰ عليها فحلَهُ ، فَنُتِجَتْ . . فإِنَّ الولَدَ يكونُ مِلكاً للمغصوبِ منهُ ؛ لأَنَّ الولدَ تابعٌ للأُمِّ في المِلكِ ، فإِنْ نَقَصتْ قيمتُها بالوِلادَةِ . . لَزِمَهُ ضمانُ ذٰلكَ ، فإِنْ أَخَذَ مِنها لَبَناً ، أَو صُوفاً . . قالَ الشافعيُّ : (ضَمِنَ اللَّبَنَ بمِثلِهِ ، والصوفَ بمِثلِهِ إِنْ كانَ لهُ مِثلٌ ، وإِنْ لَمْ يكنْ لهُ مِثلٌ . . رَدَّ قيمتَهُ) . فقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : الصوفُ لهُ مِثلٌ . وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إِن كانَ للصوفِ نوعٌ معلومٌ . . ضَمِنَهُ بمِثلهِ إِنْ كانَ له مِثلٌ ، وإِنْ لَمْ يكنْ لهُ نوعٌ ، ولا مِثلَ لهُ . . فَيضمَنُهُ بقِيمَتِهِ . قالَ : **والصحيح** : أَنَّهُ لا مِثلَ لهُ .

مسأَلَةٌ : [غَصبَ جاريةً فوطئها] :

وإِنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ جاريةً ، فوطِئها ، فلا يخلو : إِمّا أَنْ يكونَ الغاصبُ والجاريةُ جاهلَينِ بالتحريمِ ، أَو عالمَينِ بالتحريمِ ، أَو أَحدُهما عالمٌ والآخرُ جاهلٌ .

---

(١) **أَنزاه** ـ صاحبه ـ ونزَّاه تنزية : جعل الفحل يثب على الأنثى للضراب واللِّقاحِ .

فإنْ كانا جاهلَين بتحريمِ الوَطْءِ ، بأَنْ يكونا قريبَي العهدِ بالإسلامِ ، أَو مُتربِّيَينِ ببادِيةٍ بعيدَةٍ مِنَ المسلمينَ . . لَمْ يَجِبْ عليهِما الحدُّ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱدرَءُوا ٱلحُدُودَ بِالشُّبُهاتِ » .

ويَجِبُ علىٰ الغاصبِ مَهرُ المِثْلِ ؛ لأَنَّهُ وَطْءٌ سَقَطَ فيهِ الحدُّ عَنِ المَوطوءَةِ ، فَوَجَبَ بهِ المَهرُ ، كوطءِ الشُّبهةِ ، فإنْ كانتْ بِكراً . . وَجَبَ عليهِ معَ المَهرِ أَرشُ الافتِضاضِ[1] ؛ لأَنَّهُ بَدَلُ جُزءٍ مِنها ، فلزِمَهُ ضمانُهُ ، وإنْ حَبلتْ مِنْ هٰذاالوَطءِ . . كانَ الولَدُ حُرّاً ؛ لأَنَّهُ وُلِدَ عَنْ وَطْءِ شُبهةٍ ، ويجبُ علىٰ الغاصبِ قيمتُهُ يومَ الوِلادةِ ؛ لأَنَّهُ حالتِ الحيلولةُ بينَهُ ، وبينَ سيِّدِ الأَمَةِ ، ولأَنَّهُ لا يمكنُ تَقويمُهُ قَبلَ ذٰلكَ ، فإنْ خَرجَ هٰذا الولدُ مَيْتاً . . لَمْ يجبْ علىٰ الغاصبِ قيمتُهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَعلَمْ حياتَهُ قَبلَ ذٰلكَ ، ولأَنَّ القيمةَ إِنَّما وَجبتْ ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَ الولَدِ وسيِّدِ الأَمَةِ ، ولا حيلولةَ هاهنا ، فإنْ ضَربَ أَجنبيٌّ بَطنَ هٰذه الجاريةِ ، فأَلقتْ ولداً مَيْتاً . . وَجَبَ عليهِ غُرَّةُ عبدٍ أَو أَمَةٍ ؛ لأَنَّهُ جَنينٌ حُرٌّ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ ماتَ مِنَ الضربِ ، وتكونُ هٰذه الغُرَّةُ مُقدَّرةً بِنصفِ عُشرِ دِيَةِ أَبيهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويجبُ لوليِّ[2] الأَمَةِ عُشرُ قيمةِ الأَمَةِ ؛ لأَنَّ هٰذا الجنينَ لو كانَ مملوكاً . . كانَ مضموناً بعُشرِ قيمةِ أُمِّهِ .

فعلىٰ هٰذا : يُنظَرُ في الغُرَّةِ التي أُخِذتْ مِنَ الجاني ، فإنْ كانتْ مِثلَ عُشرِ قيمَةِ الأَمَةِ . . أَخذَها مالكُ الأَمَةِ ، وقدِ استوفىٰ حَقَّهُ ، وإنْ كانَ عُشرُ قيمةِ الأُمِّ أَقلَّ مِنَ الغُرَّةِ . . أَخَذَ السيِّدُ منها عُشرَ قيمةِ الأَمَةِ ، والباقي منها للأَبِ ، وهو الغاصبُ ، وإنْ كانَ عُشرُ قيمةِ الأَمَةِ أَكثرَ مِنَ الغُرَّةِ . . كانَ علىٰ الغاصبِ تمامُ عُشرِ قيمةِ الأَمَةِ ؛ لأَنَّهُ هُو الذي أَتلفَهُ علىٰ السيِّدِ بٱعتقادهِ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣١٢] ، والطبريُّ في « العُدَّةِ » : يجبُ للسيِّدِ علىٰ

---

(١) الافتضاض ، يقال : أفضى الرجل المرأة جعل مسلكي المرأة واحداً ، أي : سبيل الحيض والغائط ، فهي مفضاة ، وأفضى إلى المرأة : باشرها وجامعها ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء : ٢١] . ويقال : فض عذرة الفتاة : إذا أزال بكارتها . وفي حديث عمر عند مسلم (٢٧٤٣) : «ولا تفضَّ الخاتم إلا بحقِّه».

(٢) في (م) : (لمولىٰ) .

الغاصبِ أَكثَرُ الأَمرينِ مِنَ الغُرَّةِ أَو عُشرِ قيمةِ الأَمَةِ ؛ لأَنَّهُ بَدَلُ الجَنينِ .

وإِنْ ضَربَها الغاصبُ ، فأَلقتِ الجَنينَ مِن ضَربهِ . . فعلىٰ ما قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يجبُ عليهِ لمالكِ الجاريةِ عُشرُ قيمةِ الأَمَةِ ، وعلىٰ قياسِ ما قالَهُ المسعوديُّ : يجبُ عليهِ أَكثرُ الأَمرينِ مِنْ عُشرِ قيمةِ الأَمَةِ أَو نِصفِ عُشرِ دِيَتهِ .

وأَمّا إِذا كانا عالِمَينِ بالتحريمِ ، ولَمْ يُكرهْها علىٰ الوَطءِ . . فَهما زانيانِ ، فيجبُ عَليهما الحدُّ ، **والمنصوصُ** : (أَنَّهُ لا مَهرَ لها) ، ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجبُ المهرُ ؛ لأَنَّهُ حقٌّ للسيِّدِ ، فلا يَسقُطُ ببذلِ الأَمَةِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنْ مَهرِ البَغيِّ) ، وهيَ الزانيةُ .

وإِنْ كانتْ بِكراً . . وجبَ عليهِ أَرشُ البَكارَةِ ونُقصانِ الوِلادةِ ؛ لأَنَّها نَقَصتْ بسببٍ منهُ ، فإِنْ حَبلتْ . . كانَ الولَدُ مملوكاً ، ولا يَلحَقُهُ نَسبُهُ ، فإِنْ خَرجَ حيّاً . . أَخَذهُ السيِّدُ ، وإِنْ خَرجَ مَيْتاً . . فنقَلَ المُزنيُّ : (أَنَّهُ يجبُ عليهِ قِيمَتُهُ) .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : لا يجبُ عليهِ شيءٌ ، كما لو كانَ حُرّاً ، وٱنفصلَ مَيْتاً . وتأَوَّلَ ما نَقلَهُ المُزنيُّ علىٰ : أَنَّهُ خَرجَ حيّاً ، ثُمَّ ماتَ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجبُ عليهِ قِيمتُهُ ؛ لأَنَّهُ مملوكٌ ، وقدْ ثَبَتَتْ يدُ الغاصبِ عليهِ بثبوتِها علىٰ الأُمِّ ، ويفارقُ إِذا كانَ حُرّاً ؛ لأَنَّ الحُرَّ لاتَثبُتُ عليهِ اليدُ .

وإِنْ ضَربَ ضاربٌ بَطنَها ، فأَلقَتْهُ مَيْتاً . . وَجبَ عليهِ عُشرُ قيمةِ أُمِّهِ ، وللسيِّدِ أَنْ يَرجِعَ بها علىٰ مَن شاءَ مِنَ الضاربِ ، أَو الغاصبِ ، فإِنْ رَجعَ بها علىٰ الغاصبِ . . رَجَعَ بها الغاصبُ علىٰ الضاربِ ؛ لأَنَّ الضمانَ ٱستقرَّ عليهِ ، وإِنْ رَجَعَ بها علىٰ الضاربِ . . لَمْ يَرجِعْ بها الضاربُ علىٰ الغاصبِ .

وإِنْ كانَ الغاصبُ جاهلاً ، والأَمَةُ عالمةٌ بتحريمِ الوَطءِ . . وَجبَ الحدُ عليها دُونَهُ ، وكانَ الولَدُ حُرّاً ، ولَحِقَهُ نسبُهُ ، وهلْ يجبُ المهرُ ؟ إِنْ أَكرهَها . . وَجبَ ، وإِنْ لَمْ يُكرهْها . . فعلىٰ الوجهينِ ، **الصحيحُ** : لا يجبُ .

وإِنْ كانَ الغاصبُ عالماً بالتحريمِ ، وهيَ جاهلةٌ . . وَجبَ عليهِ الحدُّ دونَها ، ووجبَ عليهِ المَهرُ ، وكانَ الولدُ مَملوكاً .

وَإِنْ رَدَّها الغاصبُ وهيَ حاملٌ ، فماتَتْ في يدِ سيِّدِها مِنَ الحَمْلِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ قيمتُها ؛ لأَنَّها ماتَتْ بسببٍ منهُ .

والثاني : لا يجبُ ؛ لأَنَّها ماتَتْ بمرَضٍ حادثٍ ، وهوَ الطَّلْقُ ، فهوَ كما لو غَصَبها حُبلىٰ ، وردَّها حُبلىٰ .

وإِنْ كانَتْ في يدِ رجلٍ جاريةٌ ، فأَولدَها ، فجاءَ آخَرُ ، وٱدَّعاها ، وأَقامَ عليها بيِّنةً . . قُضيَ لهُ بها ، وكانَ عليهِ رَدُّها ، وأُجرةُ مِثلِها ، وأَرشُ نُقصانِها بالولادةِ ، ولا يَلزَمُهُ الحدُّ .

قالَ الطبريُّ : ولا يكونُ الولدُ رَقيقاً ، ولٰكنْ يَلزمُ الواطِىءَ المَهرُ وقيمةُ الولدِ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ تُوجِبُ أَنْ تكونَ اليدُ عليها للمُدَّعي ، ولا يَمنعُ أَن يكونَ المِلكُ عليها للمُدَّعىٰ عليهِ في الباطنِ ، فلمْ يُحكمْ بِرِقِّ الولدِ بالشَّكِّ .

فرعٌ : [غصبَ جاريةً وباعها فوطِئها المشتري] :

وإِنْ غَصَبَ رجلٌ جاريةً ، ثُمَّ باعَها مِنْ آخَرَ ، وقَبَضها ، ووطِئَها المُشتري . . فالبيعُ باطلٌ . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وحَكىٰ القاضي أَبو حامدٍ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ في مَوضعٍ : (يكونُ البيعُ مُوقوفاً علىٰ إِذنِ المَغصوبِ منهُ) . ورَجَعَ عنهُ .

إِذا ثبَتَ هٰذا : فإِنَّ المشتريَ إِذا وَطِئَها ، وحَبِلتْ عندَهُ ، ووَلَدتْ مِنْ وَطئِهِ ، ثُمَّ ماتَتْ . . فالحُكمُ في وَطئِهِ حكمُ وَطءِ الغاصبِ ، علىٰ ما مضىٰ ، إِلاَّ أَنَّ الغاصبَ إِذا وَطِىءَ ، وٱدَّعىٰ أَنَّهُ جاهلٌ بالتحريمِ . . فإِنَّهُ لا يُقبَلُ منهُ إِلاَّ بالشروطِ التي ذَكرناها ، وهاهنا المُشتري إِذا ٱدَّعىٰ الجهلَ بالتحريمِ . . قُبِلَ منهُ ؛ لأَنَّهُ يَعتقِدُ أَنَّ الغاصبَ باعَ مِلكَهُ ، وأَنَّهُ يَطأُ مِلكَ نفسِهِ ، إِلاَّ إِنْ عَلِمَ أَنَّها مَغصوبةٌ ، وأَنَّ وَطأَها حَرامٌ فلا شُبهةَ لهُ معَ ذٰلكَ .

وكلُّ ما وَجبَ علىٰ الغاصبِ قَبلَ تسليمِهِ الجاريةَ إِلىٰ المُشتري مِنْ مَهرٍ ، وأُجرةٍ ، وأَرشِ نقصٍ . . يُطالِبُ بِهِ المالكُ الغاصبَ ، ولا يُطالِبُ به المشتريَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ وَجبَ

علىٰ الغاصبِ دونَ المُشتري ، وكلُّ ما وجبَ علىٰ المُشتري مِنْ مَهرٍ ، وأُجرةٍ ، وأَرشِ نقصٍ ، وقيمةِ وَلَدٍ ، وقيمةِ العَينِ إن تَلِفتْ . . فالمغصوبُ منهُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُطالبَ المُشتريَ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ يدَهُ ثَبَتتْ عليهِ ، وبينَ أَنْ يُطالِبَ بهِ الغاصبَ ؛ لأَنَّهُ هوَ السببُ لثبوتِ يدِ المشتري عليها ، فإِنْ كانَ المشتري عالِماً بأَنَّ الجاريةَ مغصوبةٌ . . لَمْ يَرجِعْ بما ضَمِنَهُ للمغصوبِ منهُ علىٰ الغاصبِ ، ويَرجِعُ الغاصبُ بما ضَمِنَهُ للمغصوبِ منهُ مِنْ ذٰلكَ علىٰ المُشتري ؛ لأَنَّ المُشتريَ غاصبٌ في الحقيقةِ ، إلاَّ أَنَّهُ يَرجِعُ بالثَّمنِ الذي دَفعَهُ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّ الشراءَ لَمْ يَصِحَّ ، وإِنْ لَمْ يَعلَمِ المُشتري بالغصبِ ، وٱختارَ المالكُ تضمينَ المُشتري . . فهلْ يَرجِعُ المُشتري بما ضَمِنَهُ علىٰ الغاصبِ ؟ يُنظرُ فيما ضَمِنَهُ :

فإِنِ ٱلتزمَ ضمانَهُ بالثَّمنِ ، كقيمةِ الجاريةِ ، وبَدَلِ أَجزائِها إِنْ تَلِفتْ ، وأَرشِ بَكارتِها . . فإِنَّهُ لا يَرجِعُ بها المشتري علىٰ الغاصبِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ دَخلَ معَ الغاصبِ علىٰ أَنْ تكونَ مضمونةً عليهِ بالثَّمنِ ، فإِذا ضَمِنها . . لَمْ يَرجِعْ بها علىٰ غيرِهِ .

وإِنْ لَمْ يَلتزِمْ ضَمانَهُ بالثَّمنِ . . نَظرتَ :

فإِنْ لَمْ يَحصُلْ لهُ في مقابلتِهِ منفعةٌ ، بأَنْ وَلَدتْ وَلَداً منهُ ، فَلزِمَهُ قيمتُهُ ، أَو وَلَدتْ وَلَداً مَملوكاً ، فماتَ في يدِهِ ، أَو سَمِنتْ في يدِهِ ، ثُمَّ هُزِلَتْ ، أَو تَعلَّمتْ صَنعةً معهُ ، ثُمَّ نَسِيَتْها ، فغرَّمَهُ المالكُ ذٰلكَ . . فللمُشتري أَنْ يَرجعَ بذٰلكَ علىٰ الغاصبِ ، قَولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَلتزِمْ ضمانَ ذٰلكَ في البيعِ ، ولا حَصَلَ له في مُقابَلتِهِ مَنفعةٌ .

وإِنْ حَصَلَ لهُ في مقابَلتِهِ منفعةٌ ، كالمَهرِ ، والأُجرةِ . . ففيهِ قولانِ :

[أَحدُهما] : قالَ في القديم : (يَرجِعُ بهِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غَرَّهُ ، ودَخلَ معهُ في العقدِ علىٰ أَنْ يُتلِفَهُ بغيرِ عِوَضٍ) .

و[الثاني] : قالَ في الجديدِ : (لا يَرجِعُ به عليهِ ؛ لأَنَّهُ حَصَلَ لهُ في مُقابَلتِهِ منفعةٌ) .

وإِنِ ٱختارَ السيِّدُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصبِ بذٰلكَ . . فهلْ للغاصبِ أَنْ يرجِعَ بهِ علىٰ المُشتري ؟ فكلُّ ما لا يَرجِعُ بهِ المشتري علىٰ الغاصبِ . . فللغاصبِ أن يرجعَ به علىٰ

المشتري إِذَا ضَمِنَهُ ، وكلُّ ما يَرجِعُ بهِ المشتري علىٰ الغاصبِ . . لا يَرجِعُ بهِ الغاصبُ علىٰ المُشتري .

فعلىٰ هٰذا : للغاصبِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المشتري بقيمةِ الجاريَةِ ، وبَدَلِ أَجزائِها ، وأَرشِ بَكارتِها ، قولاً واحداً ، وليسَ لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ بقيمةِ الولَدِ ونُقصانِ ما حدثَ في يدِ المشتري مِنَ السِّمَنِ والصَّنعةِ ، قولاً واحداً ، وهلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ بالمَهرِ وبأُجرةِ المنفعةِ ؟ فيهِ قولانِ :

[أَحدُهما] : قولُهُ في **القديمِ** : (لا يَرجِعُ عليهِ) .

و **[الثاني]** : قولُهُ في **الجديدِ** : (يَرجِعُ عليهِ) .

فرعٌ : [حدوثُ عيبٍ بمغصوبٍ عند مشتريهِ] :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ غَصَبَ ثوباً ، وباعَهُ مِنْ آخَرَ ، وحدَثَ بهِ عيبٌ عندَ المشتري . . فإِنَّ المالكَ يأَخُذُ ثوبَهُ ، ويَرجِعُ بأَرشِ العيبِ[1] علىٰ مَنْ شاءَ منهما ، فإِنْ رجَعَ علىٰ المشتري . . لَمْ يَرجِعْ بهِ المشتري علىٰ البائعِ ؛ لأَنَّهُ دَخلَ علىٰ أَنَّهُ مَضمونٌ عليهِ بأَجزائِهِ ، وإِذَا ضَمِنَ أَجزاءَهُ . . لَمْ يَرجِعْ بهِ علىٰ أَحدٍ ، وإِنْ رجَعَ بهِ علىٰ الغاصبِ . . رجَعَ بهِ الغاصبُ علىٰ المشتري ؛ لما ذكرناهُ .

فرعٌ : [باعَ جاريةً مغصوبةً فوطِئها المشتري مراراً] :

وإِنْ غصَبَ جاريةً ، وباعَها مِنْ رجلٍ ، ووَطِئَها المُشتري مِراراً ، وهيَ مُكرهةٌ ، أَو جاهلةٌ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣١١] : فإِنْ عَلِمَ بعدَ ما وَطِئَها أَنَّها مَغصوبةٌ ، ثُمَّ عادَ إِلىٰ وَطْئِها . . لَزِمَهُ بكُلِّ وَطءٍ مَهرٌ ، وإِنْ لَمْ يعلمْ . . ففيهِ وجهانِ :

الأَصحُّ : أَنَّهُ يجبُ مهرٌ واحدٌ ؛ لأَنَّ الشبهةَ واحدةٌ .

والثاني : يجبُ لكلِّ وَطءٍ مهرٌ .

---

(١) في نسخة : (يأخذ ثوبه وأرش الثوب) .

فرعٌ : [باعَ داراً مغصوبةً فهدَمها المشتري وبناها] :

وإنْ غصَبَ داراً ، فباعَها الغاصبُ مِنْ آخَرَ فنقضَها المشتري ، وبَناها بآلةٍ أُخرىٰ . . فللمالكِ أَنْ يُطالِبَ المشتريَ بنقضِ بنائِهِ ؛ لأَنَّ العَرْصةَ مِلكٌ لهُ ، ويجبُ علىٰ المشتري للمالكِ أَرشُ ما نقَصتْ قيمتُها بالنَقضِ ، وهو أَنْ تُقوَّمَ الدارُ قَبلَ النَّقضِ ، ثُمَّ تُقوَّمَ العَرْصةُ والآلةُ إنْ كانتْ باقيةً ، ويَرجعُ عليهِ بما بينَهما مِنَ القيمةِ . وأَمّا الأُجرةُ : فإنَّهُ يُطالِبُهُ بأُجرةِ مِثلِ دارِهِ مِنْ حينِ حَصَلتْ في يدِهِ إلىٰ أَنْ نُقِضتْ ، ويُطالِبُهُ بأُجرةِ العَرصةِ بعدَ النَّقضِ ؛ لأَنَّ البناءَ الثاني للمشتري ، ولا يُطالِبُهُ بأُجرتِهِ ، وأَمّا ما يَرجِعُ المشتري بِهِ علىٰ الغاصبِ إذا لَمْ يَعلَمْ بالغَصبِ . . فإنَّهُ لا يَرجِعُ عليهِ بأَرشِ النَّقضِ ؛ لأَنَّهُ حصَلَ بفعلِهِ ، وهلْ يَرجِعُ عليهِ بالأُجرةِ ؟ علىٰ القولينِ .

قالَ الشافعيُّ : (ويَرجِعُ بأَرشِ ما نَقَصَ من بُنيانِهِ الجديدِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَحصُلْ لهُ في مقابَلتِهِ عِوَضٌ ، فَيرجِعُ بِهِ كقيمةِ الولَدِ) .

فرعٌ : [غَصَبَ عيناً وأَجَّرها أَو أَودعها أَو وُكِّل ببيعها فتَلِفتْ] :

وإنْ غَصَبَ عيناً ، وأَجَّرها مِنْ غيرِهِ ، وتَلِفتْ عندَهُ ، ولَمْ يَعلَمِ المستأجِرُ أَنَّها مغصوبةٌ . . فللمالكِ أَنْ يَرجِعَ بقيمَتِها ، وأُجرتِها مِنْ حينِ حَصَلتْ في يدِ المستأجِرِ علىٰ أَيِّهما شاءَ ، كما قلنا في التي قَبلَها ، فإنْ رَجعَ علىٰ المستأجِرِ بالأُجرةِ . . لَمْ يَرجِعْ بها المستأجِرُ علىٰ الغاصبِ ؛ لأَنَّهُ دَخلَ في العقدِ علىٰ أَنْ يَضمَنَ المنفعَةَ بالعِوَضِ ، وإنْ رجَعَ عليهِ المالكُ بقيمَتِها . . كانَ للمُستأجِرِ أَنْ يَرجِعَ بها علىٰ الغاصبِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ دخَلَ معَهُ في العقدِ علىٰ أَنْ لا يَضمَنَ العينَ ، ولا حصَلَ لهُ[1] في مقابَلةِ ما غَرِمَ منفعةٌ .

وإنْ أَودعَ الغاصبُ العينَ المغصوبةَ ، أَو دفعَها إلىٰ آخَرَ ليَبيعَها لهُ ، فأَقامَها في يدِهِ مُدَّةً ، وتَلِفتْ عندَهُ ، ولَمْ يَعلَمْ أَنَّها مَغصوبةٌ . . فللمغصوبِ منهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المُودَعِ

(١) في نسخة : (له بدل) .

والوكيلِ بأُجرتِها وقيمتِها . هٰكذا ذَكرهُ ٱبنُ الصبّاغ . ويَحتمِلُ وجهاً آخرَ : أَنَّهُ لا يَرجِعُ عليهِما ، ولا علىٰ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهمْ دَخلُوا علىٰ الأَمانَةِ ، فإِذا رجَعَ علىٰ المودَعِ ، والوكيلِ . . فلَهما أَنْ يَرجِعا علىٰ الغاصبِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهما دخلا علىٰ أَنْ [لا] يَضْمنا ذٰلكَ ، ولا حصَلَ لَهما منفعةٌ عمّا ضَمِنا .

فرعٌ : [غصَبَ شاةً فذبَحها] :

وإِنْ غصَبَ شاةً ، فٱستدعىٰ قصّاباً ، فذَبَحها بأُجرةٍ ، أَو بغيرِ أُجرةٍ . . فإِنَّ المالكَ يأخُذُ شاتَهُ مذبوحَةً وما بينَ قيمتيها مذبوحةً وحَيَّةً ، ولهُ أَنْ يُطالِبَ بذٰلكَ مَنْ شاءَ مِنَ الذابحِ ، أَو الغاصبِ ، فإِنْ ضَمَّنَ الغاصبَ . . لَمْ يَرجِعِ الغاصبُ علىٰ الذابحِ ؛ لأَنَّ الذابحَ لَمْ يذبَحْ لنفسِهِ ، وإِنَّما ذَبَحها للغاصبِ ، وإِنْ ضمَّنَ المالكُ الذابحَ . . رجَعَ الذابحُ علىٰ الغاصبِ ؛ لأَنَّ الذبحَ كانَ لهُ . **هٰكذا قالَ عامَّةُ أَصحابِنَا** . **والذي يَقتَضي المذهبُ** : أَنَّها مَفروضَةٌ في الذابحِ إِذا لَمْ يعلَمْ أَنَّها مَغصوبَةٌ ، فأَمّا إِذا عَلمَ أَنَّها مغصوبةٌ ثُمَّ ذَبَحها . . فإِنَّهُ لا يرجِعُ بما غَرِمَ علىٰ الغاصبِ ، وللغاصبِ أَن يرجعَ عليهِ بما غَرِمَ ؛ لأَنَّهُ غاصبٌ في الحقيقةِ .

مسأَلةٌ : [الاستكراهُ علىٰ الوطءِ] :

قالَ الشافعيُّ : (وإِنِ ٱستكرَهَ رجلٌ حُرَّةً أَو أَمَةً ، فوطِئَها . . وَجبَ عليهِ الحدُّ والمَهرُ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجبُ عليهِ الحدُّ دونَ المَهرِ) .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ ما كانَ مَضموناً بالبَدَلِ في العَقدِ . . جازَ أَنْ يكونَ مضموناً بالبَدَلِ في الاستكراهِ والغصبِ ، كالعينِ .

قالَ الطبريُّ : فإِنْ زَنا بصبيَّةٍ لا يُشتهىٰ مِثلُها ، أَو أَزالَ بَكارتَها بالإِصْبَعِ . . وَجبَ عليهِ أَرشُ البَكارةِ دونَ المَهرِ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجبُ المهرُ فيهِما) .

ومِنْ أَصحابِنا منْ قالَ ـ فيمنْ زَنا بصَغيرةٍ لا تُشتهىٰ ـ : يجبُ المَهرُ .

دليلُنا : أَنَّهُ لَمْ يوجدِ الإِيلاجُ في الفَرجِ[(١)] ، ولا العقدُ ، فأَشبَهَ إذا ضربَ علىٰ ظاهرِ فَرجِها ، فأَزالَ البَكارَةَ[(٢)] .

فرعٌ : [ٱدِّعاءُ غَصبِ العبدِ المباعِ] :

وإنِ ٱشترىٰ رجلٌ مِنْ رجلٍ عبداً ، ثُمَّ ٱدَّعىٰ آخَرُ أَنَّ البائعَ غَصَبَ منهُ العبدَ[(٣)] :

فإنْ صدَّقهُ البائعُ والمشتري . . حُكِمَ بِبُطلانِ البيعِ ، وسُلِّمَ العبدُ إليهِ .

وإنْ صدَّقهُ البائعُ ، وكذَّبهُ المشتري . . لَمْ يُقبَلْ إقرارُ البائعِ في حَقِّ المشتري ؛ لأَنَّ العبدَ قدْ صارَ مِلكاً لهُ في الظاهرِ ، وللمدَّعي إحلافُ المشتري ، فإنْ كانَ البائعُ قَدْ قبضَ الثَّمنَ . . فليسَ للمُشتري المطالبةُ بهِ ؛ لأَنَّهُ لا يدَّعيهِ ، وإنْ كانَ لَمْ يَقبِضْهُ . . لَمْ يكنْ لهُ قَبضُهُ ؛ لأَنَّهُ يُقرُّ أَنَّهُ لا يَستحِقُّهُ ، وهلْ يَلزَمُ البائعَ أَنْ يَغرَمَ للمدَّعي قيمةَ العبدِ ؟

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولَينِ فيمنْ أَقرَّ بدارٍ لزيدٍ ، ثُمَّ أَقرَّ بها لعمرٍو .

ومنهمْ منْ قالَ : يَلزَمُهُ أَنْ يَغرَمَ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ قدْ حَصَلَ للبائعِ عِوَضُهُ ، وهوَ الثَّمنُ .

فإنْ صدَّقهُ المشتري ، وكذَّبهُ البائعُ . لَزِمَ المشتريَ تسليمُ العبدِ إلىٰ المُقَرِّ لهُ ؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ بما في يدِهِ ، فقُبِلَ إقرارُهُ ، ولا يَلزَمُ البائعَ رَدُّ الثَّمنِ علىٰ المشتري إنْ كانَ قد قَبَضَهُ ، وإنْ لَمْ يَقبِضْهُ . . فَلَهُ أَنْ يُطالِبَهُ بهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ باعَ مِلكَهُ .

وإنْ كذَّباهُ . . فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لو أَقرَّ بهِ قَبلَ

---

(١) **صورة ذلك** : كأن يزيل بكارتها بأصبع ، وأما زناه بالصغيرة التي لا تشتهىٰ : فيكون بالوطء لا غير ، والله تعالى أعلم .

(٢) وقد يكون زوالها أيضاً بنحو قفزة .

(٣) جاء في نسخة : (فذكر الشافعي فيه مسألتين : **أحدُهما** : (إذا كان ذٰلكَ قبل أن يعتقَهُ المشتري) ، **والثانيةُ** : (إذا كان بعد إعتاق المشتري) . فأَمَّا إذا كانَ ذٰلكَ قَبلَ إعتاقِ المشتري . . فلا يخلو من أربعةِ أحوالٍ : إمَّا أن يصدِّقاهُ ، أو يُصدِّقهُ البائعُ دون المشتري ، أو يصدِّقهُ المشتري دون البائعِ ، أو يكذِّباهُ) .

إِقرارُهُ ، وأَمّا البائِعُ : فإِنْ قلنا : لو أَقرَّ بهِ لَزِمَهُ أَنْ يَغرَمَ قيمتَهُ . . لَزِمَهُ أَنْ يَحلِفَ ؛ لجوازِ أَنْ يَنكُلَ عَنِ اليمينِ ، فَيُقِرَّ . وإِن قُلنا : لا يَلزمُهُ الغُرمُ . . لَمْ تَلزَمْهُ اليمينُ .

وإِنْ كانَ المشتري قدْ أَعتقَهُ ، فإِنْ صدَّقَهُ البائِعُ والمدَّعي[1] . . لَمْ يُقبَلْ إِقرارُهُما في رِقِّ العبدِ ؛ لأَنَّهُ قدْ صارَ حُرّاً في الظاهرِ ، وهٰكذا : لو صدَّقَهُ[2] العبدُ أَيضاً . . لَمْ يُحكَمْ بِرِقِّهِ ؛ لأَنَّ حقَّ الحُرِّيَّةِ فيهِ يتعلَّقُ بها حَقُّ الله تعالىٰ ، ولهٰذا لو شَهِدَ شاهدانِ للعبدِ بالعِتقِ . . سُمِعَتْ شهادَتُهما وإِنِ ٱتَّفقَ السيِّدُ والعبدُ علىٰ الرِّقِّ .

إذا ثبَتَ هٰذا : فإِنَّ للسيِّدِ أَنْ يَرجعَ بقيمةِ عبدِهِ علىٰ مَنْ شاءَ مِنَ البائعِ أَوِ المشتري ، غيرَ أَنَّهُ إِنْ رجَعَ علىٰ البائعِ . . رجَعَ عليهِ بأَكثرَ ما كانَتْ قيمةُ عبدِهِ مِنْ حينَ غصَبَهُ إِلىٰ حينِ العِتْقِ ، وإِنْ رجَعَ علىٰ المشتري . . رجَعَ عليهِ بأَكثرَ ما كانتْ قيمتُهُ مِنْ حينَ قبَضَهُ إِلىٰ أَنْ أَعتقَهُ ، ولا يَرجِعُ المشتري علىٰ البائعِ بِما غَرِمَ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَهُ ، ويَرجِعُ البائِعُ علىٰ المشتري بما غَرِمَ مِنْ قيمتِهِ مِنْ حينَ قبَضَهُ المشتري إِلىٰ أَنْ أَعتقَهُ .

وإِنْ ماتَ العبدُ وفي يدِهِ مالٌ ، ولا وارثَ لهُ . . كانَ المالُ للذي أَقرَّ لهُ بِرِقِّهِ ؛ لأَنَّ قولَهما لَمْ يثبُتْ[3] في العِتقِ ؛ لثبوتِ حقِّ الله تعالىٰ ، وأَمّا المالُ : فلا حَقَّ لسواهُما فيهِ ، فقُبِلَ إِقرارُهُما فيهِ ، فإِنْ أَقامَ المدَّعي بيِّنةً . . حُكِمَ لهُ بِرِقِّ العبدِ ، وحُكِمَ بِبُطلانِ العِتْقِ .

فرعٌ : [الإِقرارُ بغصبِ المبيعِ في مدَّة الخِيارِ] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إِذا باعَ عبداً بشرطِ الخِيارِ ، ثُمَّ أَقرَّ البائعُ في حالِ الخِيارِ أَنَّهُ غَصَبهُ مِنْ رَجلٍ ، وصدَّقَهُ المُقَرُّ لهُ ، وكذَّبَهُ المشتري . حُكِمَ بصحَّةِ إِقرارِ البائعِ ؛ لأَنَّهُ يَملِكُ الفَسْخَ ، فقُبِلَ إِقرارُهُ بما يَفسَخُ البيعَ .

---

(١) المدعي : يعني السيد المغتصب منه ، وهذا ما يسوغ سياق النص ، والله أعلم . ولفظ (م) : (المشتري) .

(٢) فإن وافقهما العبدُ علىٰ ذٰلكَ . . لم يُقبَل ذٰلكَ ، كما جاء في نسخة .

(٣) في (م) : (يقبل) .

فرعٌ : [ادعىٰ بيعَ ما لا يَملِكُ وأنَّهُ مَلَكَهُ بعدُ] :

إذا باعَ رجلٌ مِنْ رَجلٍ عَيناً ، ثُمَّ ادَّعىٰ البائعُ أَنَّهُ باعَ ما لا يَملِكُهُ ، وأَنَّهُ الآنَ مِلكُهُ ، فأَقامَ بيِّنةً بمَا ادَّعاهُ . . نَظرتَ :

فإنْ قالَ البائعُ حينَ البيعِ : بِعتُكَ هٰذهِ العينَ وهيَ مِلكي ، أَو أَقرَّ أَنَّهُ يَملِكُ الثَّمنَ . . لَمْ تُسمَعْ دَعواهُ ، ولا بيِّنَتُهُ ؛ لأَنَّهُ كذَّبَهُ بإقرارِهِ السابقِ .

وإنْ قالَ : بِعتُكَ ، وأَطلَقَ . . قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (سُمِعَتْ دَعواهُ وبيِّنَتُهُ ؛ لأَنَّهُ قدْ يبيعُ مِلكَهُ وغيرَ مِلكِهِ) .

مسألةٌ : [غصَبَ طعاماً وأَطعمهُ آخرَ] :

وإنْ غصَبَ مِنْ رجلٍ طعاماً ، وأَطعمَهُ آخرَ . . فللمالِكِ أَنْ يُضمِّنَ الآكلَ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَهُ ، ولهُ أَنْ يُضمِّنَ الغاصبَ ؛ لأَنَّهُ غصَبَهُ ، ولأَنَّهُ هوَ السببُ لإتلافِ الآكلِ لهُ . فإنْ ضمَّنَ المالكُ الآكلَ . . فإنَّهُ يُضمِّنُهُ بقيمتِهِ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ قَبَضَهُ إلىٰ حينِ أَتلفَهُ ، وهلْ للآكلِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصبِ بِما ضَمِنَهُ ؟

إنْ عَلِمَ الآكلُ أَنَّهُ مَغصوبٌ بقولِ الغاصبِ أَو غيرِهِ . . لَمْ يَرجِعْ عليهِ بما غَرِمَ ؛ لأَنَّ إتلافَهُ لهُ رِضاً بوجوبِ الضمانِ عليهِ ، وإنْ لَمْ يَعلَمِ الآكلُ أَنَّهُ مَغصوبٌ . . فهلْ يَرجِعُ الآكلُ بما غَرِمَهُ عليهِ ؟ فيهِ قولانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ في **القديم** : (يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غرَّهُ ، وأَطعمَهُ إيّاهُ علىٰ أَنْ لا يَضمَنَ) .

و[**الثاني**] : قالَ في **الجديدِ** : (لا يَرجِعُ عليهِ) . **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ التلفَ حصَلَ بيدِهِ ، فلَمْ يَرجِعْ بما ضَمِنَهُ علىٰ غيرِهِ .

فإنِ اختارَ المالكُ تَضمينَ الغاصبِ . . فإنَّهُ يُضمِّنُهُ قيمةَ الطعامِ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ الغصبِ إلىٰ حينِ التلفِ ، وهلْ للغاصبِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الآكلِ بقيمةِ الطعامِ مِنْ حينَ قَبَضَهُ[1] إلىٰ أَنْ أَتلفَهُ ؟

---

(١) في (م) : (غصبه الأكلَ) .

إنْ عَلِمَ الآكلُ أنَّهُ مغصوبٌ. . رَجَعَ عليهِ الغاصبُ ، قَولاً واحداً ؛ لأنَّهُ رَضيَ بوجوبِ الضمانِ عليهِ ، وإنْ لَمْ يَعلَمِ الآكلُ أنَّهُ مغصوبٌ ، فإنْ قالَ الغاصبُ : كُلْهُ ، فَهوَ لي ، أَوْ مِلكي . . لَمْ يَرجِعْ علىٰ الآكلِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ أَقرَّ بأَنَّ المدَّعيَ ظَلَمهُ ، فلا يَرجِعُ علىٰ غيرِ منْ ظَلمهُ ، وإنْ قدَّمهُ إليهِ وهو ساكتٌ . . فهلْ يَرجِعُ عليهِ ؟ علىٰ القولينِ :

قال في **القديم** : (لا يَرجِعُ عليهِ) . وفي **الجديدِ** : (يَرجِعُ عليهِ) .

وإنْ قالَ ـ لمّا قدَّمهُ إليهِ ـ : وَهَبتُ لك هٰذا الطعامَ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : لَمْ يَرجِعْ عليهِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ تحتَ قولِهِ : وَهَبتُ لكَ هٰذا الطعامَ ، أنَّهُ مِلكُهُ ، وأنَّهُ يُملِّكُهُ إيّاهُ بلا عِوَضٍ ، وأنَّ المدَّعِيَ لهُ ظَلمهُ ، فلا يَرجِعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظَلَمَهُ .

وقالَ ٱبن الصبّاغ : هيَ علىٰ قولينِ ، كما لو قدَّمهُ إليهِ ، ولَمْ يَقُلْ شيئاً .

فرعٌ : [غَصَبَ طعاماً وأَطعمهُ مالكَهُ] :

وإنْ غصَبَ طعاماً ، وأَطعمَهُ الغاصبُ المغصوبَ منهُ ، فإنْ عَلِمَ المغصوبُ منهُ أنَّهُ طعامُهُ ، ثُمَّ أَكلَهُ . . بَرِىءَ الغاصبُ مِنْ ضمانِهِ ؛ لأنَّهُ أتلفَ مالَهُ ، وإنْ لَمْ يَعلَمْ أنَّهُ طعامُهُ . . ففيهِ قولانِ ، وحكاهُما الشيخُ أبو حامدٍ وجهينِ :

أَحدُهما : يَبرأُ الغاصبُ مِنْ ضمانِهِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأنَّهُ أَتلفَ مالَ نفسِهِ ، فهوَ كما لو عَلِمَ أنَّهُ طعامُهُ .

والثاني : لا يَبرأُ ؛ لأنَّهُ لَمْ يردَّهُ إليهِ رَدّاً تامّاً ؛ لأنَّهُ يأكُلُهُ علىٰ أنَّهُ لغيرِهِ .

مسأَلةٌ : [غصَبَ عيناً ورهنَها المالكَ فتلِفتْ] :

وإنْ غصبَ مِنْ رجلٍ عيناً ، ثُمَّ رَهنَها الغاصبُ عندَ المالكِ ، أَو أَودعَهُ إيّاها ، أَو أَجَّرها منهُ ، وتَلِفتْ عندَهُ ، فإنْ عَلِمَ المالكُ أنَّها لهُ قَبْلَ التلفِ . . بَرِىءَ الغاصبُ مِنَ الضمانِ ؛ لأنَّ المالكَ قد رجَعَ إليهِ مالُهُ ، وإنْ لَمْ يَعلَمِ المالكُ . . ففيهِ قولانِ[1] :

---

(١) في « المهذب » (١/ ٣٧٧) : (وجهان) .

أَحدُهما : يَبرأُ الغاصبُ ؛ لأَنَّ العينَ قد رَجعتْ إِلىٰ يدِ مالكِها .

والثاني : لا يَبرأ ؛ لأَنَّها لَمْ تَرجِعْ إِليهِ علىٰ أَنَّها مِلكُهُ .

وإِنْ باعَها الغاصبُ مِنَ المالكِ . . برئَ الغاصبُ مِنْ ضمانِها ، سواءٌ علمَ المالكُ أَنَّها لهُ أَو لَمْ يَعلَمْ ؛ لأَنَّهُ قد رضيَ بوجوبِ ضمانِها عليهِ .

وإِنْ وَهَبَها الغاصبُ مِنَ المالكِ ، وسلَّمها إِليهِ ، وأَتلفَها ، ولَمْ يَعلَمْ أَنَّها لهُ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ الغاصبَ يبرأُ إِذا قَدَّمَ إِليهِ الطعامَ ، فأَكَلَهُ ، ولَمْ يعلمْ أَنَّهُ لهُ . . فهاهُنا أَولىٰ أَنْ يَبرأَ ، وإِنْ قُلنا في الطعامِ : لا يَبرأُ . . فهاهُنا وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : لا يبرأُ الغاصبُ ؛ لأَنَّهُ لا يَعلَمُ أَنَّها لهُ ، فهوَ كما لو أَباحها لهُ .

والثاني : يَبرأُ الغاصبُ ؛ لأَنَّهُ قدْ سلَّمها إِليهِ تسليماً تامّاً ، بخلاف الإِباحةِ .

فرعٌ : [غَصَبَ عيناً فرَهَنها المالكُ عندَهُ] :

وإِنْ غصَبَ عَيناً ، فرَهَنها المالكُ عندَ الغاصبِ ، وأَذِنَ لهُ بقَبضِها ، فقَبَضها . . صارتْ رَهناً ، ولا يَبرأُ الغاصبُ منْ ضمانِها إِلاَّ بتسليمِها إِلىٰ المالكِ أَو وكيلِهِ ، وبهِ قالَ الثوريُّ .

وقالَ مالكٌ ، وأَحمدُ ، وأَبو حنيفةَ[1] ، والمُزنيُّ : (يزولُ عنهُ الغَصبُ ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ لهُ في إِمساكِها ، فزالَ عنهُ الضمانُ ، كما لو أَودعَها إِيّاهُ) .

ودليلُنا : قولُهُ ﷺ : « علىٰ اليَدِ ما أَخذَتْ حَتّىٰ تَرُدَّهُ » . وهٰذا ليسَ بردٍّ .

ولأَنَّ الرهنَ لا يُنافي الضمانَ ، كما لو رَهَنَهُ عَيناً ، وتَعدّىٰ بها المُرتَهِنُ .

وأَمّا الوديعةُ : ففيها وجهانِ ، وإِنْ سلَّمنا . . فلأَنَّها تُنافي ضمانَ الغصبِ ؛ لأَنَّهُ متىٰ تعدَّىٰ فيها . . خَرجَتْ عَنْ أَنْ تكونَ وديعةً ، بخلافِ الرهنِ .

---

(١) في نسخة : (يوسف) .

فرعٌ : [غصَبَ عبداً فقتلَهُ سيِّدُهُ أو وقفه] :

ولو قَتَلَ السيِّدُ عبدَهُ في يدِ الغاصبِ.. بَرِئَ الغاصبُ مِنْ ضمانِهِ . ولو قالَ الغاصبُ للمغصوبِ منهُ : ٱقتلْهُ ، فقتَلَهُ ، ولَمْ يَعلَمْ أَنَّهُ عبدُهُ.. فهلْ يَبرأُ الغاصبُ مِنْ ضمانِهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، وهٰذانِ الوجهانِ كما لو قالَ : ٱعتِقْهُ ، فعَتَقَهُ ، ولَمْ يَعلَمْ أَنَّهُ لهُ . ولو أبرأَ الغاصبَ مِنَ الضمانِ.. فهلْ يَبرأُ ؟ فيهِ وجهانِ .

وإنْ وَقَفَهُ السيِّدُ علىٰ أمرٍ عامٍّ ، كالقناطرِ ، والمساجدِ.. قالَ الصيمَريُّ : سَقَطَ الضمانُ علىٰ الغاصبِ للسيِّدِ ، وصارَ الضمانُ للقيِّمِ[1] .

مسأَلةٌ : [حَبَسَ حُرّاً فماتَ] :

وإنْ حَبَسَ رجلٌ حُرّاً ، وماتَ عندَهُ مِنْ غيرِ أَنْ يمنعَهُ الطعامَ والشرابَ.. فلا يَجِبُ عليهِ ضمانُهُ ، كبيراً كانَ أو صغيراً ؛ لأَنَّ الحُرَّ لا تَثبُتُ عليهِ اليدُ . وإن أَقامَ في يدِهِ مُدَّةً لِمثلِها أُجرةٌ ، فإنِ ٱستوفىٰ الغاصبُ منافعَهُ.. وَجَبَ عليهِ أُجرتُهُ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَ عليهِ منافعَهُ ، فهو كما لو أَتلفَ عليهِ مالَهُ ، وإنْ لَمْ يستوفِها الغاصبُ.. ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَجِبُ عليهِ أُجرتُهُ ؛ لأَنَّ ما ضُمِنَ بالبَدَلِ في العَقدِ الصحيحِ.. ضُمِنَ بالبَدَلِ في الغَصبِ ، كالمالِ .

والثاني : لا يَجِبُ عليهِ شيءٌ ؛ لأَنَّ منافعَهُ تَلِفتْ تحتَ يدِهِ .

فرعٌ : [غصَبَ كلباً منتفعاً بهِ] :

وإنْ غَصَبَ كلباً فيهِ منفعةٌ.. وَجَبَ عليهِ ردُّهُ إلىٰ مالِكِهِ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ الانتفاعُ بهِ ، فإنْ ماتَ.. لَمْ يجبْ عليهِ قيمتُهُ ؛ لأَنَّهُ لا قيمةَ لهَ . وإنْ أَقامَ في يدهِ مُدَّةً لِمثلِها أجرةٌ.. فذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في (الغصبِ) : هلْ تجبُ أُجرتُهُ علىٰ الغاصبِ ؟ فيهِ

---

(١) **القيِّمُ** : من يقوم بالأمر ويسوسه ، وكذا من يتولىٰ أمر المحجور عليه .

وجهانِ ، بناءً علىٰ جوازِ ٱستئجارِهِ . وذكرَ في (الإجارَةِ) : أَنَّ مَنفعتَهُ لا تُضمَنُ بالغصبِ . ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ إِلاَّ وَجهاً واحداً : أَنَّهُ لا تُضمَنُ منفعتُهُ بالغصبِ .

مسأَلَةٌ : [غصَبَ خَمراً أو خنزيراً] :

إِذا غصَبَ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمراً . . قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : لَزِمَهُ ردُّها عليهِ .

وعلىٰ قياس قولِهِ : إِذا غصَبَ منهُ خِنزيراً . . لزمَهُ ردُّهُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ مُقَرٌّ علىٰ شُربِ الخَمرِ ، وأَكلِ الخِنزيرِ .

وإِنْ غصَبَ الخَمرَ مِن مُسلمٍ . . فهلْ يَلزَمُهُ رَدُّها عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ ردُّها إِليهِ ؛ لأَنَّهُ رُبَّما أَطفأَ بها ناراً ، أَو بَلَّ بها تُراباً .

والثاني : لا يجبُ رَدُّها إِليهِ ، بَلْ يجبُ إِراقَتُها ؛ لِما رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ أَمر أَبا طَلحةَ بإِراقَةِ خَمرِ اليَتامىٰ)[1] .

وإِن تَلِفتْ الخَمرُ عندَهُ ، أَوِ الخنزيرُ ، أو أَتلفَهما . . لَمْ يَجبْ عليهِ ضمانُهُما ، سواءٌ كانا لمُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانا لذمِّيٍّ . . وَجبَ عليه ضَمانُهما ، فإِن أَتلفَهُما مُسلمٌ . . وَجبتْ عليهِ قِيمَتُهما ، وإِنْ أَتلفَهُما ذِمِّيٌّ . . وَجبَ عليهِ مِثلُ الخَمرِ ، وقيمةُ الخِنزيرِ) .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ ما لَمْ يكنْ مضموناً بِحقِّ المسلمِ . . لَمْ يكنْ مضموناً بحقِّ الذمِّيِّ ، كالمَيْتةِ ، والدَّمِ . وعَكسُهُ : أَنَّ كلَّ ما كانَ مضموناً في حقِّ الذمِّيِّ . . كانَ مضموناً في حقِّ المسلمِ ، كالثيابِ .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن أنس من طرقٍ بألفاظ متقاربة أبو داود (٣٦٧٥) في الأشربة ، والترمذي (١٢٩٣) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٣٧) في الرهن ، وفيه : (أن أبا طلحة سأل النبي عن أيتام ورثوا خمراً) ، و : (إني اشتريت خمراً لأيتام في حجري) ، و : « أهرق الخمر ، واكسر الدنان » . قال عنه النواوي في « المجموع » (٩/ ٢٢٠) : بإسناد صحيح أو حسن .

فإِنْ صارتِ الخَمرُ عندَ الغاصبِ خلاً . . لَزِمَهُ رَدُّهُ إِلىٰ مَنْ غَصبَهُ منهُ ؛ لأَنَّهُ عادَ مالاً .

فرعٌ : [أَلقىٰ شاةً ميتةً فأَخذ رجلٌ جلدَها] :

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إِذا ماتتْ لرجلٍ شاةٌ ، فَطرَحَها علىٰ المَزْبَلَةِ[١] ، فأَخَذَ رجلٌ جِلدَها ، ودَبَغهُ . . مَلكَهُ ، وإِنْ غَصَبَهُ منهُ غاصبٌ . . لَزِمَهُ ردُّهُ عليهِ ، فإِنْ دَبَغهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الملكَ للمغصوب منهُ ، فلا يَزولُ بالتعدِّي ، كما لو غَصَبَ منهُ جِروَ[٢] كَلبٍ يريدُ تعليمَهُ ، فعلَّمهُ الغاصبُ . . فإِنَّ المِلكَ فيهِ للمغصوبِ منهُ ، وهوَ كما لو غصَبَ منهُ خَمراً ، فأستحالتْ خَلاً في يدِ الغاصبِ .

والثاني : يكونُ مِلكاً للغاصبِ ؛ لأَنَّ المِلكَ فيهِ عادَ بفعلِ الغاصبِ ، بخلافِ الخَمرِ .

مسأَلةٌ : [فصَّل مزماراً أو صليباً من غير كسر] :

وإِنْ فَصَّلَ[٣] رجلٌ مِزماراً ، أَو صليبَ نَصرانيٍّ مِنْ غيرِ كَسرٍ . . لَمْ يجبْ عليهِ ضمانٌ ؛ لأَنَّ تالِفَهُ لا قيمةَ لهُ ، فإِنْ كَسَرَهُ ، فإِنْ كانَ يَصلُحُ لمنفعةٍ مُباحةٍ بعدَ التفصيلِ . . وجبَ عليهِ ما نَقَصَ من قِيمتِهِ بالكسرِ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَ ما لَهُ قيمةٌ ، وإِنْ كانَ لا يَصلُحُ لمنفعةٍ مُباحةٍ بعدَ التفصيلِ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَ ما لا منفعةَ فيهِ .

---

(١) **المَزبلة** : موضع الزبل والقمامة وبقايا الأخشاب ونحوها .
(٢) **الجرو** : ـ مثلثة الجيم ـ ولد الكلب والسباع .
(٣) **فصَّل الشيء تفصيلاً** : جعله فصولاً متمايزة ومستقلة ، والأمرَ : بيَّنه .

مسأَلةٌ : [فتحَ قفصَ طائرٍ فهربَ] :

إذا فتحَ قَفَصاً عَنْ طائرٍ ، أَو حَلَّ رِباطَ دابَّةٍ ، فَخرجا . . نَظرتَ :

فإن هيَّجَهما عَقيبَ الفتحِ والحَلِّ حتَّىٰ خَرجا . . ضَمِنَهُما ؛ لأَنَّهُ أَلجأَهُما إِلىٰ الخروجِ ، وإِنْ لم يُهَيِّجْهُما إِلىٰ الخروجِ ، بَلْ وَقَفا ساعةً لَمْ يَخرُجا ، ثُمَّ خَرَجا . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (يجبُ عليهِ الضمانُ) .

دليلُنا : أَنَّ الطائرَ والدابَّةَ لهما ٱختيارٌ ، بدليلِ : أَنَّهما يَتوقَّيانِ المَكارِهَ ، وقدْ وُجِدَ منهما مباشَرةٌ ، ومِنَ الفاتحِ سببٌ ، فتعَلَّقَ الضمانُ بالمباشَرَةِ ، كما لو حفَرَ رَجلٌ بِئراً ، فطرَحَ رَجلٌ نفسَهُ فيها .

وإِنْ لَمْ يُهيِّجْهُما إِلىٰ الخروجِ ، ولا وَقَفا ، بَلْ خَرجا عَقيبَ الفتحِ . . فقد حكىٰ القاضي أَبو الطيِّبِ عَنْ بعضِ أَصحابِنا : إِنْ كانَ أَهاجَهُما الدُّنُوُّ مِنهما ، أَو فَتْحُ القَفَصِ ، أَو حَلُّ الشِّكالِ[1] . . وجبَ عليهِ الضمانُ ، إِذ لا فَرقَ بينَ أَنْ يهيِّجَهُما بنفسهِ ، أَو يَحصُلَ ذٰلكَ بفعلِهِ ، وإِنْ لَمْ يوجدْ شيءٌ مِنْ ذٰلكَ . . فلا ضَمانَ عليهِ . **وأَكثرُ أَصحابِنا قالوا** : هيَ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : لا يَجِبُ عليهِ الضمانُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّهُ وُجِدَ منهُ سببٌ لا يُلجِىءُ ، فهوَ كما لو وقَفا ، ثُمَّ خَرجا .

والثاني : يجبُ عليهِ الضمانُ ، وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لأَنَّ خُروجَهُ عَقِيبَ حَلِّهِ ، فالظاهرُ أَنَّ الحَلَّ هوَ الذي أَلجأَهُ إِلىٰ الخروجِ ، كما لو هيَّجَهُ .

وإِنْ فتحَ رجلٌ بابَ آخَرَ ، أَو هدَمَ حائطَهُ ، فدخلَ آخَرُ ، فأَخذَ المالَ . . وَجبَ الضمانُ علىٰ الآخذِ دونَ الفاتحِ ؛ لأَنَّ الفاتحَ صاحبُ سببٍ ، والآخذَ مُباشِرٌ ، فتعلَّقَ الضمانُ بالمباشِرِ ، كما لو حَفَرَ رجلٌ بئراً ، وطرَحَ فيها آخَرُ رَجُلاً .

---

(١) **الشِّكال** : قيد الدابة ، يجمع علىٰ : شُكُل ، مثل : كتاب وكتب .

وإنْ فَتَحَ رَجلٌ بابَ رجلٍ ، فخرَجتْ بَهائِمُهُ ، وأَكلتْ زَرعَ رجلٍ. . لَمْ يجبِ الضمانُ علىٰ الفاتحِ ؛ لِمَا ذَكرناهُ ، وإنْ كانَ الفاتحُ هوَ المالكُ للبهائِمِ. . وَجبَ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ يجبُ عليهِ حِفظُ بَهائِمهِ عَنْ زرعِ غيرِهِ .

مسأَلةٌ : [هيَّجَ طائراً لغيرِهِ وَقعَ علىٰ جدارِهِ] :

وإنْ وَقَعَ طائرٌ لغيرِهِ علىٰ جدارِهِ ، فهيَّجَهُ ، فطارَ. . لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لأَنَّهُ كانَ مُمتنِعاً قَبلَ ذٰلكَ . وإنْ مرَّ في هواءِ دارِهِ ، فرَماهُ ، فأَتلفَهُ. . وَجبَ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ لا يملِكُ مَنعَهُ منَ المُرورِ فيهِ .

مسأَلةٌ : [حلَّ زِقّاً فيه مائعٌ فخرجَ] :

فإنْ حَلَّ زِقّاً[1] لغيرِهِ فيهِ مائِعٌ ، أَو راويةً فيها ماءٌ ، فخرَجَ المائِعُ. . ففيهِ ثلاثُ مسائلَ :

إحداهُنَّ : أَنْ يخرجَ عَقيبَ الحَلِّ ، فيجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّ خُروجَهُ كانَ بفعلِهِ .

الثانيةُ : أَن لا يَخرُجَ عَقيبَ الحَلِّ ، بَلْ وَقفَ ، إلاَّ أَنَّهُ خرَجَ منهُ شيءٌ ، فأَبتلَّ الموضعُ الذي كانَ مَشْدُوداً ، فخرَجَ ، أَو ثَقُلَ أَحدُ جانبَيهِ ومالَ ، فسقَطَ وخرَجَ ما فيهِ ، ضَمِنهُ ؛ لأَنَّهُ خَرجَ بسِرايَةِ[2] فِعلِهِ ، فهوَ كما لو جَرحَ حَيَواناً ، فسَرتِ الجِراحةُ إلىٰ نفسِهِ وماتَ .

الثالثةُ : أَنْ يكونَ الزِّقُّ منصوباً ، ولا يميلُ بالحَلِّ ، ووَقفَ ساعةً ، ثُمَّ سقَطَ بريحٍ ، أَو بتحرُّكِ إنسانٍ أَو دابَّةٍ ، أَو بزلزلةِ الأَرضِ ، قالَ أبنُ الصبّاغ : أَو لَمْ يُعلَمْ كيفَ سقَطَ وذهبَ ما فيهِ ، فلا يجبُ علىٰ الفاتحِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ لمْ يوجدِ الخروجُ بفعلِهِ ، ولا بسببِ فعلِهِ ، فهوَ كما لو حفَرَ بئراً ، ووَقعَ فيها إنسانٌ .

---

(١) الزق : إناء من جلد يتخذ ـ بعد جزِّ صوفهِ ـ للشرابِ ، ويجمع على : أزقاق وزِقاق وزُقّان ، مثل : كتاب ورغفان ، ويقال له : النحي ، وفيه المثل : (أشغل من ذات النحيين).

(٢) بسراية : بتعدّي وتأثير .

وإن كانَ الذي في الزِّقِّ جامِداً ، فذابَ بالشمسِ وخرجَ ، فإنْ كانَ الزِّقُّ علىٰ صِفةٍ لو كانَ فيهِ مائعٌ لَمْ يَخرُجْ ، بأَن كانَ منصوباً . . فلا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّ الخروجَ لَمْ يكنْ بفعلِهِ ؛ وإنَّما كانَ بإذابَةِ الشمسِ لهُ ، وإنْ كانَ الزِّقُّ علىٰ صِفةٍ لو كانَ ما فيهِ مائعاً لخرجَ عَقيبَ الحَلِّ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَضمَنُ ؛ لأَنَّ خُروجَهُ كانَ بإذابةِ الشمسِ لا بحَلِّهِ .

والثاني : يَضمَنُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ خروجَهُ إنَّما كانَ بفعلِهِ ؛ لأَنَّ الشمسَ إنَّما أَذابَتْهُ ، وذٰلكَ لا يوجِبُ الخروجَ لولا الفتحُ ، فهو كما لو جَرحَ رَجلاً ، فأصابَهُ الحَرُّ أَوِ البردُ ، وسَرَتِ الجراحةُ إلىٰ نفسِهِ ، فماتَ . . فإنَّ الضمانَ عليهِ .

فرعٌ : [حلَّ زِقّاً فيهِ جامدٌ فذوَّبهُ آخَرُ] :

وإنْ حَلَّ زِقّاً فيهِ جامدٌ ، وقرَّبَ إليهِ آخرُ ناراً ، فذَابَ وخرَجَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ علىٰ واحدٍ منهما ضمانٌ ؛ لأَنَّ الخروجَ لَمْ يَحصُلْ بالحَلِّ ، ولا باشَرَ صَاحبُ النارِ الإتلافَ ، فهوَ كما لو نَقَبَ رجلٌ حِرزاً ، وسَرَقَ منهُ آخَرُ . . فإنَّهُ لا قَطْعَ علىٰ واحدٍ مِنهما .

والثاني ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي إسحاقَ ـ : أَنَّ الضمانَ يجبُ علىٰ مَنْ أَدنىٰ النارَ ؛ لأَنَّ التلَفَ حصَلَ بهِ .

فرعٌ : [فتحَ زقاً فنكسهُ آخَرُ فخرجَ ما فيهِ] :

وإنْ فَتَحَ رجلٌ زِقّاً مُستعليَ الرأسِ فيه مائعٌ ، فخرجَ منهُ شيءٌ ، ثُمَّ جاءَ آخَرُ ، فنكسَهُ حتّىٰ خَرجَ جميعُ ما فيهِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

أَحدُهما : أَنَّ ما خَرجَ قبلَ التنكيسِ . . يجبُ ضمانُهُ علىٰ الذي حَلَّ ، وما خرَجَ بعدَ التنكيسِ . . يجبُ ضمانُهُ عليهما نِصفينِ ؛ لأَنَّهُ خَرجَ بفعلِهما .

والثاني : أَنَّ ما خَرجَ قَبلَ التنكيسِ . . علىٰ الذي حَلَّ ، وما خرَجَ بعدَ التنكيسِ . . يجبُ علىٰ الذي نَكسَهُ ، كما لو جرَحَ رجلٌ رجلاً ، وذبحَهُ آخَرُ .

مسأَلةٌ : [حلَّ رباط سفينة فغرقت] :

وإِنْ حَلَّ رِباطَ سفينةٍ ، فغرِقَتْ ، فإِنْ غرِقتْ في الحالِ . . ضَمِنَها ؛ لأَنَّ غرَقَها حَصَلَ بفعلِهِ . فإِنْ وَقَفتْ ، ثُمَّ غَرِقتْ ، فإِنْ كانَ غَرَقُها بسببِ حادِثٍ ، كهبوبِ ريحٍ ، أَو ما أَشبَهَهُ . . لَمْ يَضمَنْ ؛ لأَنَّها غَرِقتْ بغيرِ فِعلِهِ ، وإِنْ غَرِقتْ من غيرِ سببٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَضمَنُ ، كالزِّقِّ إِذا ثَبَتَ بعدَ حَلِّهِ ، ثُمَّ سقَطَ .

والثاني : يَضمَنُ ؛ لأَنَّ الماءَ أَحدُ المتلِفاتِ .

مسأَلةٌ : [أَوقدَ ناراً في مِلكهِ فأحرقتْ دارَ جارِه] :

إِذا أَوقدَ في مِلكِهِ ناراً ، فطارتْ مِنها شَرارةٌ إِلىٰ دارِ جارِهِ ، فأَحرقَتْهُ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ بتفريطٍ مِنَ المُوقِدِ ، بأَنْ أَوقدَ ناراً عظيمةً لا تَحتمِلُها دارُهُ في العادَةِ ، أَو أَوقَدَ في يومِ ريحٍ شديدٍ . . وَجبَ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِنَ اليومِ ذي الريحِ أَنَّ النارَ تطيرُ إِلىٰ دارِ جارِهِ ، والظاهرَ مِمَّنْ أَوقدَ في مِلكهِ شيئاً لا يَحتمِلهُ مِلكُهُ أَنَّ النارَ تطيرُ إِلىٰ مِلكِ غيرِهِ .

وإِنْ أَوقدَ ناراً يَحتمِلُها مِلكُهُ معَ سكونِ الريحِ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُفرِّطٍ فيما صَنَعَ ، فهو كما لو حفَرَ بِئراً في مِلكِهِ ، فوقَعَ فيها إِنسانٌ .

قالَ الطبريُّ : وإِنْ أَوقدَ ناراً في مِلكِهِ في وقتِ سكونِ الريحِ ، فهبَّتْ ريحٌ ، فأَطارتْ شرارةً مِنها إِلىٰ دارِ جارِهِ ، فأَحرقَتْها . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُفرِّطٍ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : وَإِنْ كانَ لجارِهِ شجرةٌ ، فأَوقدَ في مِلكِ نفسِهِ ناراً ، فجفَّتْ[1] تلكَ الشجرةُ . . ضَمِنَها ؛ لأَنَّهُ مُفرِّطٌ في ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يَحصُلُ بما جرتِ العادةُ فيهِ مِنَ النارِ المستعمَلةِ .

---

(١) **جفَّت** : يبست وماتت .

قالَ الطبريُّ : وإنْ كانتْ أَرضُهُ متَّصلةً بأَرضِ جارِهِ ، وحرَقَ أَرضَهُ ، فأَحرَقتْ أَرضَ جارِهِ . . ضَمِنَها .

فرعٌ : [سقىٰ أَرضهُ فطغىٰ الماءُ علىٰ أَرضِ جارِهِ] :

وإن سقىٰ أَرضَهُ ، فتعدّىٰ الماءُ إلىٰ أَرضِ جارِهِ ، فغرَّقَها ، أَو أَفسدَ زرعَها . . نظرتَ :

فإنْ كانَ مُفرِّطاً ، بأَنْ ساقَ إلىٰ أَرضِهِ ماءً كثيراً لا تَحتمِلُهُ أَرضُهُ ، أَو أَرسلَ إليها ماءً قليلاً ، إلاَّ أَنَّهُ لا حاجزَ بينَ أَرضِهِ وأَرضِ جارِهِ . . وَجبَ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّ أَرضَ جارهِ تَغرَقُ بذٰلكَ .

وإنْ كانَ ما ساقهُ مِنَ الماءِ تَحتمِلُهُ أَرضُهُ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُتَعدٍّ .

قالَ أَصحابُنا : وهٰكذا : لو كانَ في أَرضهِ جُحْرُ فَأرٍ ، فإنْ لَمْ يَعلَمْ بهِ ، وقدْ ساقَ إلىٰ أَرضِهِ مِنَ الماءِ ما تَحتمِلُهُ أَرضُهُ ، فأنصبَّ الماءُ في الجُحْرِ إلىٰ أَرضِ جارِهِ وأَفسدَها . . فلا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُتعدٍّ بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [أَلقتِ الريحُ ثوباً في دارِهِ] :

وإنْ أَلقتِ الريحُ في دارِهِ ثوباً . . لَزِمَهُ حِفظُهُ ؛ لأَنَّهُ صارَ أَمانةً في يدِهِ ، فصارَ كاللُّقَطَةِ ، فإنْ عَرَفَ صاحبَهُ . . لَزِمَهُ إعلامُهُ ، فإن لَمْ يَفعَلْ . . لَزِمَهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ صارَ مُمسِكاً لهُ بغيرِ إذنِ صاحبِهِ ، فصارَ كالغاصبِ .

قالَ الصيمَريُّ : ولو أَطارتْهُ الريحُ مِنْ دارِهِ قَبلَ أَن يَعلَمَ بهِ . . فلا ضمانَ عليهِ ، ولو عَلِمَ بهِ ولَمْ يَقبِضْهُ حتّىٰ أَطارتْهُ الريحُ . . **فأَصحُّ الوجهينِ** : أَنَّهُ لا ضمانَ عليهِ .

وإنْ وَقعَ في دارِهِ طائرٌ لغيرِهِ . . لَمْ يَلزَمْهُ إمساكُهُ وتعريفُ صاحبِهِ بهِ ؛ لأَنَّهُ يتحفَّظُ بنفسِهِ .

وإنْ دَخلَ إلىٰ بُرجِهِ[1] ، فأَغلقَ عليهِ البابَ ، فإنْ نوىٰ إمساكَهُ لنفسِهِ . . ضَمِنهُ ، وإنْ لَمْ ينوِ إمساكَهُ لنفسِهِ . . لَمْ يَضمَنْهُ ؛ لأَنَّهُ يَملِكُ التصرُّفَ في بُرجِهِ .

مسأَلةٌ : [نقلُ المغصوبِ إلىٰ غيرِ بلدِ صاحبِهِ] :

إذا غصَبَ منهُ شيئاً ببلدٍ ، ونقلَهُ الغاصبُ إلىٰ بلدٍ أُخرىٰ . . كانَ للمغصوبِ منهُ أَنْ يُطالِبَ الغاصبَ بنقلِهِ إلىٰ البلدِ الذي غَصبَهُ منهُ فيهِ .

وإنْ غصَبَ منهُ شيئاً ببلدٍ ، فلقيَهُ المغصوبُ منهُ ببلدٍ أُخرىٰ ، فطالبَهُ بهِ في تِلكَ البلدِ ، فإنْ لَمْ يكنْ للعَينِ المغصوبةِ مُؤنةٌ في النَّقْلِ ، كالدراهمِ ، والدنانيرِ . . لَزِمَ الغاصبَ دَفعُها إليهِ في البلدِ الأُخرىٰ ، وإنْ كانَ لنقلِهِ مُؤنَةٌ ، كالطعامِ ، وما أَشبهَهُ ، فإنْ كانتْ قيمةُ الطعامِ في البلدَينِ سواءً ، أَو كانتْ قيمتُهُ في البلدِ الثاني أَقلَّ . . فللمغصُوبِ منهُ أَنْ يُطالِبَهُ بهِ في البلدِ الثاني ؛ لأَنَّهُ لا ضَررَ علىٰ الغاصبِ بذٰلكَ ، وإنْ كانتْ قيمتُهُ في البلدِ الثاني أَكثرَ . . كانَ المغصوبُ منهُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يَصبرَ إلىٰ أَنْ يَرجِعَ إلىٰ البلدِ الأَوَّلِ ، وبينَ أَنْ يُطالِبَهُ بقيمتِهِ بما يُساوي في البلدِ الذي غَصبَهُ منهُ فيهِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يُلزَمَ الغاصبُ أَكثرَ مِمّا غَصبَهُ .

قالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : ولا يَملِكُ الغاصبُ العينَ المغصوبَةَ ، فإذا رَجعا إلىٰ البلدِ الأُولىٰ . . لَزِمَ الغاصبَ تسليمُ العينِ إلىٰ المغصوبِ منهُ ، وٱسترجَعَ ما دفعَ مِنَ القيمةِ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانةِ » ق/٣٠٧] : هلْ لهُ أَن يَستردَّ القيمةَ ، ويدفعَ إليهِ العينَ ؟ فيهِ وجهانِ .

مسأَلةٌ : [إشهادُ ٱثنينِ علىٰ الغصبِ] :

إذا ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ أَنَّهُ غصَبَ منهُ عيناً ، وأَنكرَ المدَّعىٰ عليهِ ، وأَقامَ المدَّعي شاهدينِ يَشهَدُ أَحدُهما : أَنَّهُ غصَبَها منهُ يومَ الخميسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ : أَنَّهُ غَصبَها منهُ

---

(١) برج الطائر : بناء علىٰ نحو خاص يأوي إليهِ .

يومَ الجُمُعةِ . . لَمْ يَتِمَّ الغصبُ بشهادَتِهما ؛ لأَنَّهما شَهدا علىٰ فِعلَينِ ، وللمدَّعي أَن يَحلِفَ معَ أَيِّهما شاءَ ، ويَستحِقُّ .

وإِنْ شَهِدَ أَحدُهما : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ : أَنَّهُ غصَبَ مِن فُلانٍ ، وكانَ غصْبُهُ يومَ الخميسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ : أَنَّهُ غَصَبهُ منهُ ، وكانَ غَصْبُهُ يومَ الجمعةِ . . لَمْ يَثبُتِ الغصبُ بشهادَتِهما ، وللمدَّعي أَن يَحلِفَ معَ أَيِّهما شاءَ .

وإِنْ شَهِدَ أَحدُهما : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ يومَ الخميسِ : أَنَّهُ غَصَبَ هٰذا الشيءَ مِنْ فُلانٍ ، وشَهِدَ الآخَرُ : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ يومَ الجُمعةِ : أَنَّهُ غصَبَ هٰذا الشيءَ مِن فُلانٍ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فظاهرُ ما قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » [٣/٢٢٣] : أَنَّهُ لا يُحكمُ بشهادَتِهما[1] . قالَ : إِلاَّ أَنَّ أَصحابَنا كُلَّهمْ قالُوا : يُحكَمُ بشهادَتِهما ؛ لأَنَّهُما ٱتَّفقا علىٰ الإقرارِ بغصبٍ واحدٍ ، وإِنَّما ٱختلفَ تاريخُ وَقتِ الإقرارِ ، وكلامُ الشافعيِّ يَرجِعُ إِلىٰ المسأَلةِ قَبلَها .

فرعٌ : [حلفَ بالطلاقِ أَنَّهُ لَمْ يغصِبْ] :

فإِنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ أَنَّهُ غصَبَ منهُ عيناً ، فحلَفَ المدَّعىٰ عليهِ بطلاقِ ٱمرأَتِهِ : أَنَّهُ ما غصَبَها منهُ ، فأَقامَ المدَّعي شاهداً وحلَفَ معَهُ ، أَو شاهداً وٱمرأَتَينِ بما ٱدَّعاهُ . . ثَبَتَ الغصبُ ، ولَمْ يُحكَمْ بطلاقِ ٱمرأَتِهِ ؛ لأَنَّ الغصبَ يَثبُتُ بالشاهدِ واليمينِ ، وبالشاهدِ والمرأَتينِ ، والطلاقَ لا يَثبتُ بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [ٱتَّفَقا علىٰ الغصبِ وٱختلفا في التلفِ] :

وإِنِ ٱتَّفَقا علىٰ غَصبِ عَينٍ ، وٱختلفا في بقائِها ، فقالَ الغاصبُ : قدْ تَلِفتْ ، وقالَ المغصوبُ منهُ : لَمْ تَتلَفْ . . فالقولُ قولُ الغاصبِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ يتعذَّرُ عليهِ إِقامةُ البيِّنةِ علىٰ التلفِ ، وهلْ يَستحِقُّ المغصوبُ [منه] بدَلَها ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) عبارة « الأم » : (فكل هذا مختلف ؛ لأَنَّ غصب يوم الخميس غير غصب يوم الجمعة ، وفعل الغصب غير الإقرار بالغصب ، والإقرار يوم الخميس غير الجمعة ، فيقال له في هذا كله : ٱحلف مع أي شاهديك شئت ، وٱستحق . .) .

أَحدُهما : لا يَستحِقُّ بَدَلَها ؛ لأَنَّهُ لا يدَّعي ذٰلكَ .

والثاني : يَستحِقُّ ؛ لأَنَّهُ لمّا تعذَّرَ رُجوعُهُ إِلىٰ العَينِ بيمينِ الغاصبِ . . رَجعَ إِلىٰ بَدَلِها ، كالعبدِ المغصوبِ إِذا هرَبَ .

مسأَلةٌ : [اتَّفقا علىٰ التلفِ واختلفا في القيمةِ] :

وإِنِ اتَّفَقا علىٰ تَلَفِ العَينِ المغصوبَةِ ، واختلفا في قيمَتِها ، فقالَ المغصوبُ منهُ : قيمتُها مِئةٌ ، وقالَ الغاصبُ : قيمتُها خمسونَ ، فإِنْ أَقامَ المغصوبُ منهُ شاهدينِ قدْ شاهَدا العينَ المغصوبَةَ ، وقالا : قيمتُها مِئةٌ . . حُكِمَ للمغصوبِ منهُ بذٰلكَ .

وإِنْ لَمْ يَشهَدا أَنَّ قيمَتَها مِئةٌ ، لٰكنَّهما وَصَفاها بصِفةٍ ، فعُلِمَ أَنَّ ما كانَ بتلكَ الصفَةِ مِنْ جنسِ تِلكَ العينِ كانتْ قيمتُها مئةً . . لَمْ يُحكَمْ بأَنَّ قيمتَها مِئةٌ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يَختلِفُ ؛ ولأَنَّهُ قدْ يكونُ بها عيبٌ يَنقُصُ قيمتَها .

وإِنْ لَمْ يكنْ معَ المغصوبِ بيِّنَةٌ . . فالقولُ قولُ الغاصبِ معَ يمينِهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلىٰ الْمُدَّعِي ، واليمينُ علىٰ مَنْ أَنْكَرَ » . والغاصبُ هاهُنا مُنكِرٌ . ولأَنَّهُ غارمٌ ، والأَصلُ بَراءَةُ ذِمَّتِهِ مِمّا زادَ علىٰ ما أَقرَّ بهِ . قالَ الطبريُّ : وإِنَّما يُقبَلُ قولُ الغاصبِ معَ يمينِهِ إِذا كانَ ما ذَكرهُ مُحتملاً ، فأَمّا إِذا كانَ ما ذكرهُ مُحَالاً ، مِثلَ أَنْ يقولَ : قيمةُ الجاريةِ التي تَلِفتْ عندي درهَمٌ ، فلا يُقبَلُ قولُهُ ؛ لأَنَّهُ يُقطَعُ بكَذبِهِ .

فإِنْ أَقامَ الغاصبُ بيِّنَةً : أَنَّ قيمةَ العينِ كانتْ خمسينَ ، فقالَ المغصوبُ منهُ : بَلْ كانتْ قيمتُها مِئةً . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانةِ » ق/٣٠٩] : فالقولُ قولُ الغاصبِ في الزيادَةِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُها .

مسأَلةٌ : [الاختلافُ في نقصٍ كانَ في العينِ] :

وإِنِ اختلفا في نَقصٍ كانَ في العينِ المغصوبةِ ، بأَنْ غصَبَ منهُ عبداً وماتَ في يدِهِ ، فقالَ الغاصبُ : كانَ سارقاً ، فقيمتُهُ عَشَرةٌ ، وقالَ المغصوبُ منهُ : لَمْ يكنْ سارِقاً ، فقيمتُهُ عِشرونَ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخانِ ، أَبو حامدٍ ، وأَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : أَنَّ القولَ قولُ الغاصبِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءَةُ ذِمَّتِهِ .

والثاني ـ وهو ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : أَنَّ القولَ قولُ المغصوبِ منهُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ سلامتُهُ .

وذكرَ ٱبنُ الصبّاغِ : إِذا قالَ المغصوبُ منهُ : كانتِ العينُ سليمةً ، وقالَ الغاصبُ : كانَ بها دَاءٌ . . ففيهِ طريقانِ :

[**الطريقُ الأُولىٰ**] : مِن أَصحابِنا مَن قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ الغاصبِ .

والثاني : القولُ قولُ المغصوبِ منهُ ؛ لما ذَكرناهُ .

و[**الطريقُ الثانية**] : منهمْ مَنْ قالَ : القولُ قولُ المغصوبِ منهُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الأَصلَ سلامتُهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإِذا غصَبَ منهُ عبداً ، فكانَ في يدِ الغاصبِ أَعورَ ، فقالَ الغاصبُ : هٰكذا غصبتُهُ ، وقالَ المغصوبُ منهُ : إِنَّما ٱعْورَّ عندَكَ . . فالقولُ قولُ الغاصبِ ؛ لأَنَّهُ غارمٌ ، ولأَنَّ الظاهرَ أَنَّ هٰذه صِفةُ العبدِ لَمْ تتغيَّرْ ، وإِنْ كانَ بعدَ تلَفِ العبدِ . . فالقولُ قولُ المغصوبِ منهُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ سلامتُهُ ، ويخالِفُ الحيَّ ؛ لأَنَّهُ قدْ شوهِدَ بهٰذهِ الصفَةِ ، بخلافِ الميِّتِ .

وأَمّا المسعوديُّ : فقال [في « الإبانة » ق/٣٠٩] : إِذا كانَ العبدُ أَقطعَ اليدِ ، فقالَ الغاصبُ : لَمْ تُخلَقْ له يدٌ ، وقالَ المغصوبُ منهُ : بَلْ خُلِقَتْ ، ولٰكنْ قُطِعَتْ في يدِكَ . . **فالظاهرُ منَ المذهبِ** : أَنَّ القولَ قولُ الغاصبِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ أَنَّها لَمْ تُخلَقْ لهُ يَدٌ . وفيها قولٌ آخَرُ : أَنَّ القولَ قولُ المالكِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّها خُلِقَتْ لهُ . وإِنِ ٱتَّفقا علىٰ : أَنَّها خُلِقَتْ لهُ يدٌ ، ولٰكنْ قالَ المغصوبُ منهُ : قُطِعتْ في يدِكَ ، وقالَ الغاصبُ : غَصبتُهُ وقد قُطِعتْ . . **فالظاهرُ** : أَنَّ القولَ قولُ المالكِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ القَطعِ . وفيهِ قولٌ آخَرُ : أَنَّ القولَ قولُ الغاصبِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءَةُ ذِمَّتهِ .

فرعٌ : [الاختلافُ في صفةٍ تزيدُ قيمةَ العبدِ] :

وإن قالَ المغصوبُ منهُ : كانَ العبدُ كاتباً ، وقالَ الغاصبُ : لَمْ يكنْ كاتباً . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُهما : القولُ قولُ المغصوبِ منهُ ؛ لأَنَّهُ أَعرفُ بصفةِ مِلكِهِ .

والثاني : القولُ قولُ الغاصبِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الكِتابةِ .

وإِنْ غصَبَ منهُ عبداً ، فقالَ الغاصبُ : رَددتُهُ حيّاً ، وماتَ في يدِكَ ، وقالَ المغصوبُ منهُ : بَلْ ماتَ في يدِكَ . وأَقامَ كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً بما ٱدَّعاهُ . . تعارضتِ البيِّنتانِ ، وسقَطَتا ، وضَمِنَ الغاصبُ قيمةَ العبدِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ بقاءُ العبدِ عندَهُ حتّىٰ يَثبُتَ رَدُّهُ .

وقالَ أَبو يوسفَ : بيِّنةُ المالكِ أَولىٰ ؛ لأَنَّ الأَصلَ الغصبُ . وقالَ مُحمَّدٌ : بيِّنةُ الغاصبِ أَولىٰ ؛ لأَنَّ الأَصلَ بَراءَةُ ذِمَّتِهِ .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ واحدةٍ مِنَ البيِّنتَينِ تُعارِضُ الأُخرىٰ ، فإِحداهما تُثبتُ مَوتَهُ في يدٍ غيرِ اليدِ التي تُثبِتُ الأُخرىٰ الموتَ فيها ، فَتَعارَضَتا ، وسقَطَتا .

فرعٌ : [الاختلافُ في عينِ المغصوبِ] :

وإِنِ ٱختلفا في العينِ المغصوبةِ ، فقالَ : غَصَبتَ مِنِّي عبداً ، وقالَ : بَلْ غصَبتُ منهُ جاريةً . . قالَ أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ : فالقولُ قولُ الغاصبِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ لمّا كانَ القولُ قولَهُ في القيمةِ . . فكذٰلكَ في الجِنسِ مِثلُهُ .

وإِنْ قالَ غصَبتَ مِنِّي طعاماً حديثاً ، وقالَ : بَلْ غصبتُ مِنكَ طعاماً عَتيقاً . . فالقولُ قولُ الغاصبِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الحديثِ ، ويَلزَمُهُ أَن يَدفعَ إِليهِ العَتيقَ ؛ لأَنَّهُ أَنقصُ مِنْ حقِّهِ .

مسأَلةٌ : [الاختلاف في ٱنقلابِ الخمر المغصوبِ خلاًّ] :

وإِنْ غصَبَ منهُ خَمراً ، وٱدَّعىٰ المغصوبُ منهُ أَنَّهُ ٱنقلبَ خلاًّ ، وأَنكرَ الغاصبُ الانقلابَ . . فالقولُ قولُ الغاصبِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الانقلابِ .

مسأَلةٌ : [الاختلافُ في ثوبِ العبدِ المغصوبِ] :

وإِنِ ٱختلفَ الغاصبُ والمغصوبُ منهُ في الثيابِ التي علىٰ العبدِ المغصوبِ . . فالقولُ قولُ الغاصبِ ؛ لأَنَّ يدَهُ ثابتةٌ عليها ، وعلىٰ العبدِ .

مسأَلةٌ : [غُصِب المغصوبُ مِنَ الغاصبِ] :

ولو غَصَبَ المغصوبَ مِنَ الغاصبِ غاصبٌ ثانٍ . . قالَ أَبو المحاسنِ : لَمْ يَبرأ الثاني بتسليمِهِ إِلىٰ الغاصبِ الأَوَّلِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يبرأُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ سلَّمهُ إِلىٰ غيرِ المالكِ ، فلا يبرأُ ، كما لوِ ٱجتمعَا علىٰ غَصبِهِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فلا يكونُ للغاصبِ الأَوَّلِ خصومةٌ في ٱنتزاعِهِ مِنَ الثاني .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (له ذٰلكَ) . وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا .

دليلُنا : أَنَّ الغاصبَ الأَوَّلَ ليسَ بمالكٍ ، فلا يَملِكُ ٱنتزاعَهُ ، كالأَجنبيِّ .

ولو أَقرَّ : أَنَّهُ غصَبَ مِنْ رجلٍ خاتَماً ، ثُمَّ ٱدَّعىٰ المُقِرُّ أَنَّ فَصَّهُ[1] لهُ . . فهلْ يُقبَلُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُقبَلُ ؛ لأَنَّ ٱسمَ الخاتَمِ يَقعُ عليهِ مِنْ غيرِ فَصٍّ .

---

(١) **فصُّ الخاتم** : ما يركب فيه من غيره ، كالفيروز ، والعقيق ، والماس ، يجمع علىٰ : فصوص ، مثل : فلس وفلوس .

والثاني : لا يُقبَلُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ الفَصَّ مِنْ جُملةِ الخاتَمِ ، فلا يُقبَلُ قولهُ فيهِ مِن بعدِ الإقرارِ ، كما لوِ ادَّعىٰ شيئاً مِنَ الخاتَمِ .

وإنْ أَقرَّ : أَنَّهُ غصَبَ منهُ أَرضاً ، ثُمَّ قالَ : أَمّا الشجرُ الذي فيها : فهوَ لي . . فهلْ يُقبَلُ ؟ فيهِ وجهانِ .

ولو قالَ رجلٌ : غَصَبْنا مِن فُلانٍ أَلفَ دِرهَمٍ ، ثُمَّ قالَ : كُنَّا عَشَرةً . . فقدْ قالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ : لا يُصدَّقُ ، ويَلزَمُهُ الكُلُّ . وقالَ زفرُ : يُقبَلُ قولُهُ معَ يمينِهِ ، وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا ؛ لأَنَّ ما قالَه مُحتَمِلٌ ، والأَصلُ براءَةُ ذِمَّتِهِ .

وباللهِ التوفيقُ[1]

* * *

---

(١) جاء في هامش (م) : (والله أعلم ، وصلّىٰ الله علىٰ سيِّدنا محمَّدٍ وآلهِ وصحبهِ وسلَّم تسليماً كثيراً طيِّباً مباركاً فيه . آمين . انتهىٰ . كَملَ المجلدُ الثاني من « البيان » للعمراني ، ويتلوه المجلَّد الثالث ، أوَّلُهُ كتابُ الشفعةِ ، إن شاء الله تعالىٰ) . وكان الانتهاء من تحقيقه وتصحيحه ومراجعته مساء يوم الخميس السابع عشر من شهر شعبان المبارك من عام واحد وعشرين وأربع مئة وألف للهجرة الشريفة ، الموافق للخامس والعشرين من شهر تشرين الثاني من عام تسعة وتسعين وتسع مئةٍ وألف ، بحمد الله ومنِّه ، وإياه نسأل التوفيق وحسن الختام . والله من وراء القصد والهادي إلى سواء السبيل .



كتاب الشفعة

كتاب الشفعة(١)

الشُّفعةُ مشتقَّةٌ مِنَ الشَّفعِ ، وهوَ الاثنانِ ؛ لأَنَّ الشفيعَ يَضُمُّ إِلىٰ مِلكِهِ مِلكَ المشتري . وقيلَ : إِنَّها مشتقَّةٌ مِنَ الشفاعةِ ؛ لأَنَّ الشفيعَ يأخذُها بلينٍ ورِفقٍ ، فكأَنَّهُ مُستشفِعٌ ، إِذِ المشتري ليسَ بظالمٍ . والشُّفعةُ مِنْ أَمرِ الإِسلامِ ، ولَمْ تكنْ في الجاهليَّةِ .

والأَصلُ في ثبوتها : ما روىٰ أَبو سلمةَ بنُ عبدِ الرحمنِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فإِذَا وَقَعَتِ ٱلحُدُوْدُ . . فَلاَ شُفْعَةَ »(٢) .

ورَوىٰ البخاريُّ بإِسنادهِ عَنْ جابرِ بنِ عبدِ اللهِ : أَنَّهُ قالَ : (إِنَّما جَعلَ رسولُ الله ﷺ

---

(١) جعل المصنف الشفعة تلو الغصب ؛ لاتفاقهما علىٰ الأخذ قهراً ، فالغصب ما أخذ بالقهر عدواناً ، والشفعة ما أخذ بالقهر مباحاً ، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً .

الشفعة ـ بإسكانِ الفاء ، وحكي ضمُّها ـ : أصل صحيح يدلُّ علىٰ مقارنة الشيئين . من ذلك الشفع خلاف الوتر ، تقول : كان فرداً فشفعته ، وما كان من الأعداد مزدوجاً ، مثل : الاثنين والأربعة ، والشفعة في الدار من هذا . قال ابن دريد : سميت : شفعةً ؛ لأنه يشفع بها ماله ، فهي لغة : الضم ، ومنه شفع الأذان ، وتأتي أيضاً بمعنى : التقوية والزيادة ، قال تعالى : ﴿ مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً ﴾ [النساء : ٨٥] ، أي : يزيد عملاً إلىٰ عمل . وقيل : من الشفاعة .

وشرعاً : تمليك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملكه بعوض . قال جل ثناؤه : ﴿ وَٱلشَّفْعِ وَٱلْوَتْرِ ﴾ [الفجر : ٣] . قال بعض أهل التفسير : **الوتر** : الله تبارك وتعالىٰ ، **والشفع** : الخلق . والحكمة في مشروعيتها : دفع ضرر الشركة . وقيل : دفع ضرر مؤنة القسمة أو استحداث المرافق .

وأركانها أربعة : آخذ ، ومأخوذ ، ومأخوذ منه ، وصيغة .

(٢) أخرجه عن أبي سلمة بن عبد الرحمن مرسلاً من طريق مالك الشافعي في « ترتيب المسند » القسم الثاني (٥٧١) وفي « اختلاف الحديث » من هامش « الأم » (٣/ ٢٣٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ١٠٣) في الشفعة .

الشُّفعةَ في كلِّ ما لَمْ يُقسَمْ ، فإذا وَقعَتِ الحدودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ . . فلا شُفعةَ)[١] .

وفي روايةِ مسلمِ بنِ الحجّاجِ عنْ جابرٍ : أَنَّهُ قالَ : (قضىٰ رسولُ الله ﷺ بالشُّفعةِ في كلِّ مشتَرَكٍ لَمْ يُقسَمْ ، رَبْعٍ ، أَو حائطٍ ، لا يَحِلُّ لهُ أَنْ يَبيعَهُ حتَّىٰ يؤذِنَ شريكَهُ ، فإنْ شاءَ . . أَخذَ ، وإنْ شاءَ . . تَركَ ، فإنْ باعَهُ ، ولَمْ يُؤذِنْهُ . . فهوَ أَحقُّ به)[٢] .
و(الرَّبْعُ) : اسمٌ للدارِ معَ بنائِها ، و(الحائطُ) : اسمٌ للبستانِ معَ غِراسهِ .

إذا ثبَتَ هٰذا : فالأَشياءُ في الشُّفعةِ علىٰ ثلاثةِ أَضربٍ : ضربٌ ثَبتتْ فيهِ الشُّفعةُ ، سواءٌ بيعَ منفرداً ، أَو معَ غيرهِ ، وضربٌ لا تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ بحالٍ ، وضربٌ تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ تَبَعاً لغيرِهِ ، ولا تثبتُ فيهِ الشفعةُ إذا بيعَ منفرداً .

فأَمَّا الضربُ الأَوَّلُ ـ وهوَ ما تثبتُ فيهِ الشُّفعةُ إذا بيعَ منفرداً ، أَو معَ غيرهِ ـ : فهوَ

---

(١) أخرجه عن جابر رضي الله عنهما البخاري (٢٢٥٧) بنحوه في الشفعة ، وأبو داود (٣٥١٤) في البيوع ، والترمذي (١٣٧٠) في الأحكام بنحوه ، وابن ماجه (٢٤٩٩) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٤٣٩١) في الشفعة . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، والعمل على هٰذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم : عمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، وبه يقول فقهاء التابعين مثل عمر بن عبد العزيز ، وهو قول أهل المدينة ، ومنهم يحيىٰ بن سعيد الأنصاري ، وربيعة بن أبي عبد الرحمن ، ومالك بن أنس ، وبه يقول الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق : لا يرون الشفعة إلا للخليط ، ولا يرون للجار شفعة إذا لم يكن خليطاً . وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم : الشفعة للجار ، واحتجوا بالحديث المرفوع عن النبي ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار » [رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٦)] ، وقال : « الجار أحق بسقبه » [رواه عبد الرزاق عن الشريد (١٤٣٨٠) . والسقب : القرب] ، وهو قول الثوري ، وابن المبارك ، وأهل الكوفة . ولفظ البخاري : (قضىٰ النبي ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت . . .) .

(٢) أخرجه من طريق أبي الزبير عن جابر بألفاظ متقاربة مسلم (١٦٠٨) (١٣٤) في المساقاة .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٧١) : استدل البيهقي بهذا الحديث على أنه لا شفعة في المنقولات ، حيث قال : (في أرض أو ربع أو حائط) . والخبر يدلُّ على : أنه يقتضي إيجاب استئذان الشريك قبل البيع ، ولا محيد عنه ؛ لأنه صحيح .

قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥١٢) : وأجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط .

العِراصُ ، مثلُ : عَرْصةِ الأرضِ ، والدارِ ، فإذا باعَ أَحدُ الشريكينِ نَصيبَهُ فيها . . ثَبتتْ لشريكهِ الشُّفعةُ فيهِ ، **وهوَ قولُ عامَّةِ العلماءِ** ، إلاَّ الأَصمَّ ، فإنَّهُ قالَ : لا تَثبتُ الشُّفعةُ بحالٍ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إضراراً بأَربابِ الأَملاكِ[1] ؛ لأنَّ المشتريَ متىٰ عَلِمَ بأَنَّهُ يؤخذُ منهُ . . لَمْ يرغبْ بالشراءِ ، فيؤدِّيَ ذٰلكَ إلىٰ الضررِ بالبائعِ ، وربَّما تقاعدَ شريكُهُ عَنِ الشراءِ منهُ .

ودليلُنا عليهِ : ما ذكرناهُ مِنَ الأَخبارِ ، وما ذكرهُ . . فغيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّا نشاهدُ الأَشقاصَ تُشترىٰ معَ علمِ المشتري بٱستحقاقِ الشُّفعةِ عليهِ .

وأَمَّا الضرب الثاني ـ وهوَ ما لا تثبتُ فيهِ الشُّفعةُ بحالٍ ـ : فهوَ كلُّ ما يُنقَلُ ويُحوَّلُ ، مثلُ : الطعامِ ، والثيابِ ، والعبيدِ ، فإذا باعَ أَحدُ الشريكينِ نصيبَهُ في ذٰلكَ . . لَمْ تَثبتْ لشريكهِ فيهِ الشُّفعةُ ، **وبه قالَ عامَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ مالكُ : (تَثبتُ الشُّفعةُ في جميعِ ذٰلكَ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « ٱلشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعتِ الحدودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ . . فَلاَ شُفْعَةَ » . وهٰذا لا يتناولُ ما يَنتقِلُ .

ورَوىٰ جابرٌ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ شُفْعَةَ إِلاَّ في رَبْعٍ ، أَو حَائِطٍ » . فنفىٰ الشُّفعةَ عَنْ غيرِهما .

وأَمَّا الضربُ الثالثُ ـ وهوَ ما تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ تَبَعاً لغيرِهِ ـ : فهوَ الغِراسُ ، والبناءُ في الأَرضِ ، فإِنْ باعَ أَحدُ الشريكينِ نصيبَهُ فيهِ منفرداً عَنِ الأَرضِ . . لَمْ تَثبتْ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّهُ منقولٌ ، فلَمْ تثبتْ فيهِ الشفعةُ ، كالثيابِ ، والعبيدِ .

وإِنْ باعَ أَحدُ الشريكينِ نصيبَهُ في البناءِ والغِراسِ معَ نصيبهِ مِنَ الأَرضِ . . ثَبتتْ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلشُّفْعَةُ في كُلِّ رَبْعٍ ، أَوْ حائطٍ » . و (الرَّبْعُ) : هوَ الدارُ ببنائِها ، و (الحائطُ) : هوَ البستانُ بأَشجارهِ ، ولأَنَّ البناءَ والغراسَ يرادانِ للبقاءِ والتأَبيدِ ، فتَثبتُ فيهما الشُّفعةُ ، كالأَرضِ .

---

(١) في نسخة : (الأموال) .

وإِنْ باعَ أَحدُ الشريكينِ نصيبَهُ مِنَ الشجرِ معَ نصيبهِ مِنْ قرارِهِ بالأَرضِ دونَ ما يتخلَّلُ الشجرَ مِنْ بياضِ الأَرضِ. . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّهُ باعَ نصيبَهُ مِنَ الشجرِ معَ قرارِهِ مِنَ الأَرضِ ، فهوَ كما لو باعَ ذٰلكَ معَ نَصيبهِ مِنْ بياضِ الأَرضِ .

والثاني : لا تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّ قرارَها تابعٌ لها ، فلا يصيرُ الشجرُ تابعاً لهُ .

وإِنْ كانَ هناكَ دارٌ سُفلُها لواحدٍ ، وعُلْوُها مشترَكٌ بينَ جماعةٍ ، فباعَ أَحدُ الشركاءِ في العُلوِ نصيبَهُ فيهِ ، فإِنْ كانَ السقفُ لصاحبِ السُّفلِ. . لَمْ تَثبتِ الشُّفعةُ في النصيبِ المبيعِ في العلوِ ؛ لأَنَّهُ بناءٌ منفردٌ ، وإِنْ كانَ السقفُ لأَهلِ العلوِ. . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّهُ بناءٌ لا يَتبَعُ أَرضاً .

والثاني : تثبتُ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّ السقفَ يُؤوىٰ إِليهِ ، فهو كالعَرْصةِ .

مسأَلَةٌ : [باع شقص أَرض وفيها زرع أو ثمر] :

وإِنْ باعَ شِقصاً لهُ مِنْ أَرضٍ وفيه زرعٌ ، فباعَ نصيبَهُ مِنَ الزرعِ معَ الأَرضِ ، أَو كانَ فيها شجرٌ وعليهِ ثمرةٌ ظاهرةٌ ، فباعَ نصيبَهُ مِنَ الشجرِ والثمرةِ معَ الأَرضِ. . لَمْ تَثبتِ الشُّفعةُ في الزرعِ والثمرةِ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (تَثبتُ فيهِ الشُّفعةُ تَبَعاً للأَرضِ) .

دليلُنا : قولهُ ﷺ : « ٱلشُّفعَةُ في كُلِّ رَبْعٍ ، أَو حَائِطٍ » . فأَثبتَ الشُّفعةَ فيهما ، فدلَّ علىٰ : أَنَّها لا تَثبتُ لغيرِهما .

ولأَنَّهُ لا يَتبعُ الأَصلَ في البيعِ بالإِطلاقِ ، فلَمْ تَثبتْ فيهِ الشُّفعةُ ، كما لو باعَ أَرضاً وفيها طعامٌ مستودَعٌ .

وإِنْ كانَ في الشِّقصِ نخيلٌ بيعَ معَ الشِّقصِ وعليهِ ثمرةٌ غيرُ مؤبَّرةٍ. . فهلْ تؤخذُ الثمرةُ بالشُّفعةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تؤخذُ ؛ لأَنَّهُ منقولٌ ، فلَمْ يَستحِقَّ أَخذَهُ بالشُّفعةِ ، كالزرعِ ، والثمرةِ الظاهرةِ .

والثاني : يؤخذُ بالشُّفعةِ ؛ لأَنَّهُ يدخلُ في بيعِ أَصلِ الأَرضِ بالإطلاقِ ، فٱستُحِقَّ بالشُّفعةِ ، كالنخلِ .

فإذا قلنا بهٰذا : فتأَخَّرَ الأَخذُ بغيبةِ الشفيعِ ، فجاءَ وقد أُبِّرتِ النخلُ . . فهلْ يأخذُها الشفيعُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يأخذُها ؛ لأَنَّهُ قدِ ٱستَحقَّ أَخذَها حالَ البيعِ ، فلَمْ يَسقُطْ ذٰلكَ مِنْ غيرِ رضاهُ بالتأبيرِ .

والثاني : لا يأخذُها ؛ لأنَّه إِنَّما يأخذُها ما دامتِ الثمرةُ تابعةً للشجرةِ والأَرضِ ، فإذا ظهرتْ . . خرجتْ عَنْ ذٰلكَ .

فإذا قلنا بهٰذا : فَهلْ يُحَطُّ مِنَ الثمنِ شيءٌ لأَجلِ الثمرةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُحَطُّ ؛ لأَنَّ الثمنَ قابلَ الجميعَ .

والثاني : لا يُحطُّ ؛ لأَنَّ هٰذا كنقصٍ حدثَ بالمبيعِ .

قالَ أَبو عليٍّ السنجيُّ : وهٰذا بناءً علىٰ أَنَّ الطلعَ هلْ لهُ قِسطٌ مِنَ الثمنِ ؟ علىٰ قولينِ ، كالحَمل .

مسأَلةٌ : [لا شفعةَ إلا للشريك] :

ولا تَثبتُ **الشُّفعةُ عندنا إِلاَّ للشريكِ** ، ولا تَثبتُ للجارِ ، وبهِ قالَ عمرُ[١] ، وعثمانُ[٢] ، وعليٌّ[٣] مِنَ الصحابةِ ، ومِنَ التابعينَ : ٱبنُ المسيِّبِ ، وسليمانُ بنُ يسارٍ[٤] ، وعمرُ بنُ

---

(١) أخرج خبر عمر الفاروق عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٣٩٢) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٨٤ و ٩٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٠٥)في الشفعة .

(٢) أخرج خبر ذي النورين عثمان عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٣٩٣) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٩/ ٨٣ و٩٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٠٥) في الشفعة .

(٣) لم نره ، ولكن روىٰ عن علي المرتضىٰ عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٣٨٣) : (قضىٰ رسول الله ﷺ بالجوار) .

(٤) أخرج أثر سعيد وابن يسارٍ البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٠٩) في الشفعة .

عبدِ العزيزِ[1] ، ومِنَ الفقهاءِ : ربيعةُ ، ومالكٌ ، والأَوزاعيُّ ، وعبيدُ اللهِ بنُ الحسنِ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ .

وذهبتْ طائفةٌ إِلىٰ : أَنَّ الشُّفعةَ تُستَحقُّ بالشركةِ ، وتُستَحقُّ بالجوارِ ، وذهبَ إِليهِ ٱبنُ سيرينَ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ ، والثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ ، ويُفصِّلُ مذهبُ أَبي حنيفةَ فيها : (أَنَّ الرجلَ إِذا باعَ داراً ، فإِنْ كانَ لهُ فيها شريكٌ . . كانَ أَحقَّ بالشُّفعةِ مِنَ الجارِ ، وإِنْ لَمْ يكنْ لهُ فيها شريكٌ ، فإِنْ كانتْ في دربٍ غيرِ نافذٍ . . فالجارُ المشاركُ لهُ في الطريقِ أَحقُّ مِنَ الجارِ الذي لا يشاركُهُ في الطريقِ ، وإِنْ كانَ لهُ جارانِ يشاركانهِ في الطريقِ . . فهما أَحقُّ ، وإِنْ عفا الجارُ الذي إِلىٰ جنبهِ عَنِ الشُّفعةِ . . ٱستحَقَّ جارُهُ الذي يليهِ الشُّفعةَ إِلىٰ آخرِ الدربِ ولَو كانَ بينهما أَلفُ ذراعٍ ، وأَمّا إِذا كانَ الزُّقاقُ[2] نافذاً . . ٱستحقَّ الجارُ الملاصقُ لهُ الشُّفعةَ ، فإِنْ عفا . . لَمْ يَستحِقَّ الذي يلي العافيَ الشُّفعةَ ؛ لأَنَّهُ ليسَ بجارٍ للبائعِ ، وإِنَّما هوَ جارُ جارِهِ) .

وحُكيَ عنْ أَبي العبّاسِ ابنِ سُريجٍ : أَنَّهُ قالَ : تَثبتُ الشُّفعةُ في الدارِ لمن يشارِكُهُ في الطريقِ بالدربِ المشترَكِ .

وهٰذا كلُّهُ غيرُ صحيحٍ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقسَمْ ، فإِذا وَقَعَتِ ٱلحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ ٱلطُّرُقُ . . فَلا شُفْعَةَ » . فأَثبتَ جنسَ الشُّفعةِ فيما لَمْ يُقسَمْ ، ونفاها عَنِ المقسومِ .

إِذا ثبَتَ هٰذا : فإِنْ حَكمَ حاكمٌ بالشُّفعةِ للجارِ . . فهلْ يُنقَضُ حُكمُهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيدلانيُّ :

أَحدُهما : يُنقَضُ ؛ لأَنَّهُ مخالفٌ للنصِّ .

---

(١) أخرج أثر عمر بن عبد العزيز خامس الخلفاء الراشدين عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٣٩٥) .

(٢) **الزقاق** : طريق نافذة أو غير نافذة دون السكة والطريق والسبيل والسوق والصراط . يجمع علىٰ : أزقة ، مثل : غراب وأغربة .

والثاني : لا يُنقضُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّهُ حَكَمَ بما يَسوغُ[1] فيهِ الاجتهادُ .

مسأَلةٌ : [فيما يقسم بين الشريكين] :

وَلا تجبُ الشُّفْعَةُ إِلاَّ فِيما تجبُ قِسمتُهُ بينَ الشريكينِ عندَ الطلبِ ، وَهوَ بحيثُ إِذا قُسِمَ لَمْ تَنقُصْ قيمةُ حِصَّةِ كلِّ واحدٍ منهما بعد القِسْمةِ عَنْ قِيمتهِ قَبْلَ القِسْمَةِ ، فأَمّا مَا لا تجبُ قِسْمَتُهُ عندَ الطَّلبِ ، وهوَ مَا يَنقُصُ قيمةَ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهُما . فلا يثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ ، وبهِ قالَ عثمانُ بنُ عفّانَ[2] ، ومِنَ الفقهاءِ رَبيعةُ ، وإِحدىٰ الرِّوايتين عنْ مالكٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، والثوريُّ ، وأَبو العبّاسِ ٱبنُ سريجٍ : (تثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لقولهِ ﷺ : « الشُّفْعَةُ في كُلِّ شِرْكٍ ، رَبْعٍ ، أَو حَائِطٍ » . ولَمْ يُفرِّقْ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ ٱلْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ ٱلطُّرُقُ . . فَلاَ شُفْعَةَ » . فأَثبتَ جِنسَ الشُّفْعَةِ فيمَا لَمْ يُقسَمْ ، يعني : مَا لَمْ يُفعلْ فيهِ القِسْمةُ . وهٰذا إِنَّما يكونُ فيمَا تجبُ قِسمتُهُ عندَ الطلبِ ، ولأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّما ثَبَتتْ لِمَا يَلحَقُ الشريكَ مِنَ الضررِ بالمُقاسَمةِ ، وذٰلكَ لا يوجدُ فيمَا لا تجبُ قِسمتُهُ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فذَكرَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (البئرَ ، والحمّامَ ، والرَّحىٰ).

قالَ أَصحابُنا : وإِذا كانَ بينهما بئرٌ ، فباعَ أَحدُهُما نصيبَهُ فِيها . . فَهَلْ تثبُتُ فيها الشُّفْعَةُ ؟ يُنظرُ فيها :

فإِنْ كانَ معَها بياضٌ مِنَ الأَرضِ بينَهُما ، وكَانا إِذا قَسَما[3] ، كانتِ البئرُ لواحدٍ ، وَالبياضُ لواحدٍ ، وكانتْ قيمةُ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما بعدَ القِسْمةِ كقيمتهِ قبلَ القِسْمةِ . . ثَبَتَتْ فيها الشُّفْعَةُ .

---

(١) يسوغ : يصحُّ ويسهل .

(٢) أخرجه عن عثمان رضي الله عنه مالك في « الموطأ » (٢/ ١٩٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٤٣٩٣) و(١٤٤٢٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٠٥) ، وفيه : (ولا شفعة في بئر ولا فحل) .

(٣) أي : إذا اقتسما الأرض والبئر .

وإِنْ كانتِ البئرُ لا بياضَ معَها ، فإِنْ كانتْ كبيرةً ، بحيثُ إذا قُسِمَتْ بينَهما حصلَ لكلِّ واحدٍ منهما بئرٌ منها ، ينتفع بها . . ثَبَتتْ فيها الشُّفْعَةُ ، وإِنْ كانتْ بِئراً صغيرةً ، بحيثُ إذا قُسِمَتْ بينَهما لَمْ يَحصُلْ لِكلِّ واحدٍ منهما بِئرٌ مُفردَةٌ . . لَمْ تثبُتْ فيها الشُّفْعَةُ .

وأَمَّا الحَمّامُ : فإِنْ كانَ حمّاماً كثيرَ البُيوتِ[١] ، بحيثُ إذا قُسِمَ بينهما حَصَلَ لكلِّ واحدٍ منهُما ما يَصلُحُ حمّاماً ، ولَمْ تَنقُصْ قيمةُ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما بعدَ القِسمةِ عَنْ قيمتهِ قَبلَ القِسْمةِ . . ثَبَتَتْ فيهِ الشُّفْعَةُ ، وإِنْ كانَ لا يحصُلُ لهُ ذٰلكَ . . لَمْ تَثبُتْ فيهِ الشُّفْعَةُ .

وأَمَّا الرَّحىٰ : فإِنْ كانَ فيهِ حَجَرانِ[٢] ، ولكلِّ واحدٍ منهما ماءٌ[٣] ، بحيثُ إذا قُسِمَ حصَلَ لكلِّ واحدٍ منهما رَحىً . . ثَبتتْ فيهِ الشُّفْعَةُ ، وإِنْ كانَ رحىً واحدةً . . لَمْ تَثبُتْ فيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لأَنَّهُ إذا قُسِمَ نَقَصتْ قيمةُ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما بذٰلكَ .

فرعٌ : [الشفعة في طريق غير نافذة] :

وإِنْ باعَ رجلٌ دارَهُ ، وكانَ طريقُها في زُقاقٍ نافذٍ . . فإِنَّ الشُّفْعَةَ لا تثبُتُ في الطريقِ ؛ لأَنَّ الزُّقاقَ النافذَ غيرُ مملوكٍ ، والشُّفْعَةُ إنَّما تثبُتُ في المملوكِ ، وإِنْ كانَ طريقُها في زُقاقٍ غيرِ نافذٍ ، وقالَ : بعتُكَ داري معَ نصيبي في الطريقِ ، أَو قالَ : بحقوقِها . . فإِنَّ نصيبَهُ في الطريقِ يدخلُ في البيعِ ، ولا تثبُتُ الشُّفْعَةُ في الدارِ ، وقالَ ابنُ سُريجٍ : تثبُتُ فيها . وقد مضىٰ ذكرهُ .

وأَمَّا الطريقُ : فهلْ تثبتُ فيهِ الشُّفْعَةُ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ طريقاً ضيِّقاً ، بحيثُ إذا قُسِمَ لَمْ يُصِبْ كلُّ[٤] واحدٍ منهما طريقاً . . لَمْ تثبُتْ فيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لأَنَّهُ نصيبٌ لا يَحتمِلُ القِسْمةَ .

---

(١) البيوت : المقاصير ، وأقسام الحمام : الخارجي والوسطي والداخلي .
(٢) أَي : لكلٍّ حجران ؛ لتكون له طاحون كاملة .
(٣) لأجل إدارة الرحىٰ بدفع الماء .
(٤) في (م) : (يحصل لكل) .

وإنْ كانَ الطريقُ واسعاً ، بحيثُ إذا قُسِمَ أَصابَ كلُّ واحدٍ طريقاً . . نظرتَ :

فإنْ كانَ للدارِ المبيعةِ طريقٌ آخَرُ مِنْ دربٍ نافذٍ ، أَو غيرِ نافذٍ ، أَو يمكنُ أَنْ يَفتحَ لها باباً إِلىٰ زُقاقٍ نافذٍ . . ثَبَتتِ الشُّفْعَةُ في الطريقِ ؛ لأَنَّها أَرضٌ تَحتمِلُ القِسْمةَ .

وإنْ كانَ لا طريقَ للدارِ المبيعةِ سوىٰ هٰذهِ الطريقِ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجُهٍ :

أَحدُها : تَثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لأَنَّها أَرضٌ مُشاعةٌ تَحتمِلُ القِسْمةَ ، فتثبُتُ فيها الشُّفْعَةُ ، كالدارِ .

والثاني : تثبُتُ فيها الشُّفْعَةُ ، ولٰكنْ يكونُ لمشتري الدارِ المرورُ فيها إِلىٰ الدارِ ؛ لأَنَّ الضررَ يزولُ عنهما بذٰلكَ .

والثالثُ ـ وهو الصحيحُ ـ : أَنَّهُ لا تثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لأَنَّ الشُّفْعَةَ لإِزالةِ الضررِ ، فلو أَثبتنا الشُّفْعَةَ هاهُنا . . لأَضررنا بالمشتري ؛ لأَنَّ دارَهُ تبقىٰ مِنْ غيرِ طريقٍ .

وما قالهُ الأَوَّلُ فاسدٌ ؛ لما ذكرناهُ ، وما قالهُ الثاني أَيضاً فاسدٌ ؛ لأَنَّ المِلكَ إِذا انتقلَ إِلىٰ الشفيعِ . . لَمْ يَستحِقَّ عليهِ الاستطراقَ في مِلكهِ ، وهٰذا الحُكمُ إِذا كانَ الطريقُ بحيثُ إِذا قُسِمَ . . أَصابَ كلُّ واحدٍ مقدارَ طريقهِ لا زيادةَ عليهِ ، فأَمّا إِذا كان نصيبُه زيادةً علىٰ ذٰلك . . فإِنَّ الزيادةَ علىٰ قدرِ الطريقِ فيها الشُّفْعَةُ ، وجهاً واحداً ، وفي قدرِ الطريقِ الأَوجهُ الثلاثةُ .

مسأَلةٌ : [ثبوت الشفعة بالشقص المملوك] :

تثبُتُ الشُّفْعَةُ بالشِّقصِ المملوكِ بالبيعِ ؛ لقولهِ عليهِ الصلاةُ والسلامُ : « وَإِنْ بَاعَهُ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[1] . **وبهِ قالَ عامَّةُ العلماءِ** ، إِلاَّ الأَصمَّ ، وقد مضىٰ الدليلُ عليهِ .

---

(١) طرف من حديث جابر رواه مسلم (١٦٠٨) (١٣٤) في المساقاة ، وأبو داود (٣٥١٣) ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٤٧٠١) في البيوع ، وفيه : (فإذا باع ولم يؤذنه . . فهو أحق به) ، و : (فإن باع . . فهو أحق به) .

قال النواويُّ في « المنهاج » : فهو محمول عند أصحابنا علىٰ الندب إلىٰ إعلامه ، وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه ، وليس بحرام ، ويتأولون الحديث علىٰ هٰذا .

وتثبُتُ الشُّفْعَةُ بكلِّ ما مُلِكَ الشِّقصُ فيهِ بعقدِ معاوضةٍ ، بأَنْ يكونَ عِوَضاً في الصُّلحِ ، أَو أُجرةً في الإجارةِ ، أَو مَهراً في النكاحِ ، أَو عِوَضاً في الخُلعِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا تثبُتُ الشُّفْعَةُ إلاَّ فيما مُلِكَ بالبيعِ وحدَهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ مُلِكَ بعقدِ معاوضةٍ ، فثبتتْ فيهِ الشُّفْعَةُ ، كالبيعِ .

فرعٌ : [إرث الشفعة] :

فإنْ ماتَ رجلٌ ، وخلَّفَ شِقصاً . لَمْ يَستحِقَّ علىٰ وارثهِ فيهِ الشُّفْعَةَ ، **وهٰذا إجماعٌ لا خلافَ فيهِ**[1] .

وإنْ أَوصىٰ رجلٌ لرجلٍ بشِقصٍ ، أَو وهبَهُ لهُ هبةً لا تقتضي الثوابَ[2] . . لَمْ تثبُتْ فيهِ الشُّفْعَةُ .

وقالَ ٱبنَ أَبي ليلىٰ : تثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ بقيمةِ الشِّقصِ[3] . وهيَ إحدىٰ الروايتينِ عَنْ مالكٍ .

دليلُنا : أَنَّهُ ملكهُ بغيرِ عقدِ معاوضةٍ ، فلم تثبتْ فيهِ الشفعةُ ، كما لو مَلَكهُ بالإرثِ .

وإنْ وَهبَ لهُ شِقصاً بعِوَضٍ معلومٍ . كانَ بيعاً ، وتثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ ، سواءٌ تقابضا أَو لَمْ يتقابضا ، وبهِ قالَ زفرُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وسائرُ أَصحابهِ : (لا تثبُتُ فيهِ الشُّفْعَةُ حتّىٰ يتقابضا ؛ لأَنَّ الهبةَ لا تلزمُ إلاَّ بالقبضِ) .

---

(١) قال ابن هبيرة في « الإفصاح » (٢/ ٢٧٦) : واختلفوا هل تورث الشفعة ؟ فقال أبو حنيفة : لا تورث وإن كان الميت طالب بها ، إلا أن يكون الحاكم حكم له بها ثم مات . وقال مالك والشافعي : تورث بكلِّ حال . وقال أحمد : لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها . ونحوه في « رحمة الأمة » (ص/ ٣٣٧) .

(٢) **الثواب** : البدل والمقابل ، كالنقد ونحوه .

(٣) انظر « اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ » (ص/ ٣٧) وما بعدها ، وكذا نصَّ الفوراني في « الإبانة » (ق/ ٣١٧) .

دليلُنا : أَنَّهُ مَلكهُ بعقدِ معاوضةٍ ، فلَمْ يُعتبرْ في ثبوتِ الشُّفْعَةِ فيهِ القبضُ ، كالبيعِ ، وأمّا الهبةُ : فقد صَرَفناها عَنْ مُقْتَضاها بشرطِ العِوَضِ فيها .

وإِنْ وَهبَ لِمنْ هوَ أَعلىٰ[1] منهُ شِقصاً ، فإِنْ قلنا : إِنَّها تَقتضي الثوابَ . . ثَبَتتْ فيه الشُّفْعةُ ، وإِنْ قلنا : لا تَقتضي الثوابَ . . لَمْ تَثبُتْ فيهِ الشُّفْعةُ .

فرعٌ : [الإقالة ترفع الشفعة] :

وإِنِ ٱشترىٰ رجلٌ شِقصاً ، فعفا الشفيعُ عَنِ الشُّفْعةِ فيهِ ، ثُمَّ ٱستقالَ البائعُ المشتريَ في الشِّقصِ ، فأَقالهُ . . فقالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : لا تَثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَرجعْ إِليهِ بعِوَضٍ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ أَنَّ الإِقالةَ ٱبتداءُ عقدٍ ، أَو فسخُ عقدٍ .

فإِنْ عفا الشفيعُ عَنِ الشُّفْعةِ ، ثُمَّ إِنَّ المشتريَ ولاَّهُ رجلاً . . ثَبَتتْ للشفيعِ فيهِ الشُّفْعةُ ؛ لأَنَّ التَّوليَةَ بيعٌ برأسِ المالِ .

فرعٌ : [تعليق حقِّ الشفعة] :

قالَ في « الأُمِّ » : (وإِنْ قالَ لأُمِّ ولدِهِ : إِنْ خدَمتِ وَرَثتي شهراً . . فلكِ بهٰذا الشهرِ الشِّقصُ ، فخدَمَتْهمْ . . ٱستحقَّتِ الشِّقصَ) . وهلْ تثبتُ فيهِ الشُّفْعةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تثبُتُ ؛ لأَنَّها ملَكتْهُ ببدَلٍ ، وهوَ الخِدمةُ ، فهوَ كما لوِ ٱستأجرَ بهِ غيرَها علىٰ الخِدمةِ .

والثاني : لا تثبُتُ ؛ لأَنَّها ملَكتْهُ بالوصيَّةِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يُعتبرُ مِنَ الثلُثِ .

وإِنْ دَفعَ المكاتَبُ إِلىٰ سيِّدهِ شِقصاً عَنْ كتابتهِ . . كانَ للشفيعِ أَنْ يأخذَهُ بالشُّفْعةِ ؛

---

(١) أعلىٰ : أكثر حصة أو أسهماً .

لأنَّهُ مملوكٌ بعِوَضٍ ، وإِنْ غابَ الشفيعُ ، أَو لَمْ يَعلمْ حتّىٰ عَجَزَ المكاتَبُ ورجعَ إِلىٰ الرِّقِّ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ ؛ لأَنَّهُ صارَ بالعجزِ مملوكاً للسيِّدِ بحقِّ المِلكِ .

والثاني : تثبُتُ فيهِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّ الشُّفْعةَ قد ثَبَتتْ فيهِ حالَ ما قبَضهُ السيِّدُ ، فلا تسقُطُ بالعجزِ .

فرعٌ : [الدَّين علىٰ الميّتِ الشفيع يمنع انتقالَ الشقص لوارثه] :

قالَ ٱبنُ الحدّادِ : إِذا ملَكَ الرجلُ شِقصاً في دارٍ أَو أَرضٍ ، فماتَ وعليهِ دينٌ يحيطُ بترِكَتهِ ، فباعَ شريكُهُ الشِّقصَ . . كانَ للوارثِ أَنْ يأخذَهُ بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّ الدَّينَ لا يمنعُ ٱنتقالَ المِلكِ إِلىٰ الوارثِ ، والشِّقصُ مِلكٌ للوارثِ عندَ بيعِ شريكهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : (الدَّينُ يَمنعُ ٱنتقالَ المِلكِ إِلىٰ الوارثِ) .

فعلىٰ هٰذا : لا يَستحِقُّ الوارثُ الأَخذَ بالشُّفعةِ . وليسَ بشيءٍ .

ولو ماتَ رجلٌ ، ولهُ دارٌ ، وعليهِ دينٌ يحيطُ ببعضِها ، فبيعَ بعضُ الدارِ بالدَّينِ ، أَو أَوصىٰ بأَنْ يباعَ بعضُ الدارِ ، ويصرفَ ثَمنُهُ في بعضِ وصاياهُ ، فبيعَ بعضُها . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : لَمْ يكنْ للورثةِ أَنْ يأخذوا ما بيعَ منها بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّ البيعَ يقعُ عليهِمْ ، فلا يستحقُّونَ فيهِ الشُّفْعةَ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ولَمْ يَختلِفْ أَصحابُنا في هٰذهِ ، فأَمّا إِذا كانَ لرجلٍ رُبُعُ دارٍ ، ولابنهِ ثلاثةُ أَرباعِها ، فماتَ الأَبُ وعليهِ دينٌ يحيطُ برُبُعِ الدارِ ، فبيعَ بالدَّينِ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : فللابنِ أَنْ يأَخذَ الرُّبُعَ بالشُّفْعةِ هاهُنا ؛ لأَنَّ الشِّقصَ بيعَ بسببٍ مستَحَقٍّ علىٰ الميِّتِ في حالِ حياتهِ ، فكأَنَّ الأَبَ باشرَ بيعَهُ في حالِ حياتهِ ، والابنُ شريكٌ لهُ في حالِ حياتهِ ، فٱستحقَّ الشُّفْعةَ بهِ عليهِ ، كما لو باعَ الأَبُ ذٰلكَ بنفسهِ .

وخالفهُ **أَكثرُ أَصحابِنا** ، وقالوا : لا شُفعةَ للابنِ ؛ لأَنَّ الابنَ يَملِكُ رُبُعَ الدارِ الذي خلَّفهُ أَبوهُ ، والدَّينُ لا يَمنعُ ٱنتقالَ المِلكِ إِلىٰ الوارثِ **عندَنا** ، ومَنْ بيعَ عليهِ بعضُ

مِلكهِ . . لَمْ يَستحِقَّ أَخذَهُ بالشُّفْعةِ ، كما لو غابَ رجلٌ ، ولهُ دارٌ ، وعليهِ دينٌ ، فباعَ الحاكمُ بعضَ دارهِ بدينهِ ، ثُمَّ قدِمَ . . فليسَ لهُ أَخذُ ما بيعَ مِنْ دارهِ بالشُّفْعةِ ، فكذٰلكَ هاهُنا مثلُهُ .

فرعٌ : [سقوط الشفعة بإبراء الشفيع أو إذنه] :

إذا أَذِنَ الشفيعُ في البيعِ ، أَو أَبرأَ مِنَ الشُّفْعةِ قَبلَ تمامِ البيعِ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ ، وبهِ قالَ أَكثرُ أَصحابِنا[1] .

وقالَ عثمانُ البَتِّيُّ : تسقطُ شُفْعتُهُ ، وٱحتجَّ بقولهِ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتّىٰ يُؤْذِنَ شَرِيْكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ . . أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ . . تَرَكَ ، وَإِنْ باعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ . . فَهُوَ أَحَقُّ » .

ودليلُنا : قولُهُ ﷺ : « الشُّفْعةُ فِيْمَا لَمْ يُقْسَمْ ، رَبْعٍ ، أَو حائطٍ » . ولَمْ يفرِّقْ .

ولأَنَّهُ إِسقاطُ حقٍّ قَبلَ ثبوتهِ ، فلَمْ يَسقُطْ ، كما لو أَبرأَهُ مِنْ دَينٍ قَبلَ ثُبوتهِ .

وأَمَّا الخبَرُ : فأَرادَ بهِ العَرْضَ عليهِ ليبتاعَ ذٰلكَ إِنْ أَرادَ ، فتَخِفَّ بذٰلكَ المُؤنَةُ علىٰ الشريكِ .

مسأَلةٌ : [بيع شقص في دار نصفها وقف] :

إذا كانَ نِصفُ الدارِ وقفاً علىٰ رجلٍ ، ونِصفُها طِلْقاً[2] ، فباعَ صاحبُ الطِّلقِ نصيبَهُ . . فهلْ تثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ لصاحبِ الوقفِ ؟

إِنْ قلنا : إِنَّ المِلكَ ينتقلُ في الوقفِ إِلىٰ اللهِ . . لَمْ يَستحِقَّ الموقوفُ عليهِ الشُّفْعةَ في الطِّلقِ ؛ لأَنَّ الشُّفْعةَ لا تُستَحَقُّ إِلاَّ بالمِلكِ .

---

(١) في (م) : (العلماء) .

(٢) الطِّلْق : المطلق الذي يتمكّن صاحبه فيه من جميع التصرفات ، فيكون فعلٌ بمعنىٰ : مفعول ، مثل : الذِّبح بمعنىٰ : المذبوح ، وأعطيته من طِلق مالي ، أي : حلّه ، أو من مطلقه ، وهو ما لا يقيَّد بقيد أو شرط .

وإنْ قلنا : إنَّ المِلكَ في الوقفِ ينتقلُ إلىٰ الموقوفِ عليهِ . . فهلْ يَستحِقُّ أَخذَ الطِّلقِ بالشُّفْعةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

أَحدُهما : أَنَّهُ يَستحِقُّ ؛ لأَنَّهُ يلحَقُهُ الضَّررُ في مالهِ مِنْ جهةِ الشريكِ ، فاستحقَّ أَخذَهُ بالشُّفْعةِ ، كمالِكِ الطِّلقِ .

والثاني ـ وَلَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ لا يَستحِقُّ ؛ لأَنَّ الوقفَ لمّا لَمْ يُستَحَقَّ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ . . لَمْ يُستَحَقَّ الأَخذُ بهِ بالشُّفْعةِ .

مسأَلةٌ : [باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار] :

وإنْ كانتْ دارٌ بينَ اثنينِ ، فباعَ أَحدُهما نصيبَهُ بشرطِ الخِيارِ ، فإنْ كانَ الخِيارُ لهما ، أَو للبائعِ . . لَمْ يكنْ للشَّفيعِ أَنْ يأخذَهُ بالشُّفْعةِ قَبلَ انقضاءِ الخِيارِ ؛ لأَنَّ ذٰلك يؤدِّي إلىٰ قَطعِ الخِيارِ للبائعِ .

وإنْ كانَ الخِيارُ للمشتري وحدَهُ ، وقلنا : إنَّ المِلكَ موقوفٌ ، أَو لا يَنتقِلُ إلىٰ المشتري إلاَّ بانقضاءِ الخِيارِ . . لَمْ يكنْ للشَّفيعِ الأَخذُ بالشُّفْعةِ قَبلَ انقضاءِ الخِيارِ ؛ لأَنَّ المِلكَ لَمْ يحصُلْ للمشتري ، وإنْ قلنا : إنَّ المِلكَ يَنتقِلُ إلىٰ المشتري بنفسِ العقدِ . . فهلْ يَستحِقُّ الشَّفيعُ الأَخذَ بالشُّفْعةِ قَبلَ انقضاءِ الخيارِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يَستحِقُّ ، وهوَ اختيارُ أَبي إسحاقَ المَروَزيِّ ؛ لأَنَّهُ بيعٌ فيهِ خيارٌ ، فَلَمْ يَستحِقَّ الشَّفيعُ الأَخذَ قَبلَ انقضاءِ الخيارِ ، كما لو كانَ الخيارُ للبائعِ ، ولأَنَّ المشتريَ شَرَطَ الخيارَ لغَرَضٍ قَصَدَهُ ، وفي أَخذِ الشَّفيعِ قَبلَ انقضاءِ الخِيارِ تفويتٌ لغَرَضِ المشتري ، فَلَمْ يَجُزْ .

والثاني ـ وهوَ اختيارُ الشيخينِ : أَبي حامدٍ ، وأَبي إسحاقَ ـ : أَنَّهُ يَستحِقُّ ؛ لأَنَّهُ إذا مَلَكَ الأَخذَ بعدَ استقرارِ حقِّ المشتري بانقضاءِ الخِيارِ . . فلأَنْ يَملِكَ قَبلَ ذٰلكَ أَولىٰ ، ولأَنَّ المشتريَ لو وجدَ بالشِّقْصِ عيباً ، فأَرادَ ردَّهُ . . كانَ للشَّفيعِ أَنْ يأخذَهُ ، ويَبطُلُ ما ثَبَتَ للمشتري مِنَ الردِّ ، فكذٰلكَ هٰذا مِثلُهُ .

فرعٌ : [باع الشريك نصيبه قبل انقضاء مدّة الخيار] :

وإنْ كانَ بينَ رجلينِ دارٌ ، فباعَ أَحدُهما نصيبَهُ فيهِ بشرطِ الخيارِ لهُ وللمشتري ، أَو لهُ وحدَهُ ، ثُمَّ باعَ الشريكُ الثاني نصيبَهُ منها بغيرِ خيارٍ قَبلَ ٱنقضاءِ الخِيارِ في البيعِ الأَوّلِ . . لَمْ يكنْ للبائعِ الثاني شُفْعةٌ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ قدْ زالَ ، ولا تثبُتُ للمشتري فيهِ شُفْعةٌ أَيضاً ؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ بعدَ البيعِ الأَوّلِ ، ولِمَنْ تثبُتُ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ الثاني ؟ يُبنىٰ علىٰ الأَقوالِ : إلىٰ مَنْ ينتقلُ المبيعُ في حالِ الخيارِ ؟

فإنْ قلنا : إنَّ المِلكَ فيهِ للبائعِ . . كانتِ الشُّفْعةُ فيهِ للبائعِ ؛ لأَنَّ مِلكَ الشِّقْصِ لهُ في هٰذهِ الحالةِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا ٱنقضىٰ الخيارُ ، ولَمْ يُفسَخِ العقدُ . . فإنَّ الشِّقْصَ المبيعَ أَوّلاً لمشتريهِ ، والشِّقْصَ المبيعَ ثانياً[١] لبائعِ الشِّقْصِ الأَوّلِ ؛ لأَنَّهُ مِلكٌ أَخذَهُ بالبيعِ الثاني ، فلا يَسقُطُ بعدَ ذٰلكَ .

وإنْ قلنا : إنَّ المِلكَ في الشِّقْص الأَوّلِ ٱنتقلَ إلىٰ المشتري بالعقدِ . . فإنَّ الشُّفْعةَ في الشِّقْصِ الثاني لمشتري الأَوّلِ ، فإنْ فُسِخَ البيعُ بعدَ ذٰلكَ في الذي ٱشتراهُ . . لَمْ يَسقُطْ حقُّهُ مِنَ الشُّفْعةِ في الثاني ؛ لمَا ذكرناهُ .

وإنْ قلنا : إنَّ المِلكَ في الشِّقْصِ الأَوّلِ موقوفٌ علىٰ ٱنقضاءِ الخِيارِ . . كانتِ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ الثاني أَيضاً موقوفةً ، فإنْ فَسَخا البيعَ . . كانتِ الشُّفْعةُ لبائعِ الأَوّلِ ، وإنْ لَمْ يفسخا . . كانتْ للمشتري .

مسأَلةٌ : [ثبوت الشفعة للمسلم وغيره] :

وتثبُتُ الشُّفْعةُ للمُسلِمِ علىٰ الذمِّيِّ ، وللذمِّيِّ علىٰ الذمِّيِّ ؛ لعمومِ الأَخبارِ ، **ولا خلافَ في ذٰلكَ**[٢] ، وتثبُتُ الشُّفْعةُ للذمِّيِّ علىٰ المُسلِمِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ .

---

(١) في (م) : (آخراً) .

(٢) قال الشافعي في « مختصر المزني » (٣/ ٦٠) : (والمسلم والذميُّ في الشفعة سواء) . وقال في « رحمة الأمة » (ص/ ٣٣٨) : تثبت عند الثلاثة ، وقال أحمد : لا شفعة لذميٍّ .

وقالَ الشعبيُّ ، وأَحمدُ ، والحسَنُ بنُ صالحٍ : (لا تثبُتُ لهُ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « ٱلشُّفْعةُ فيما لَمْ يُقْسَمْ ، رَبْعٍ ، أَو حائطٍ » . وَلَمْ يُفرِّقْ ، ولأَنَّهُ خيارٌ يثبُتُ لإِزالةِ الضَّررِ عَنِ المالِ ، فثبَتَ للذمِّيِّ علىٰ المُسلِمِ ، كخيارِ الردِّ بالعيبِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنْ خيارِ القِصاصِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنِ ٱشترىٰ ذِمِّيٌّ مِنْ ذمِّيٍّ شِقْصاً بخَمرٍ ، أَو خِنزيرٍ ، والشَّفيعُ ذمِّيٌّ ، فإِنْ رُفِعَ ذٰلكَ إِلىٰ الحاكمِ قَبْلَ التقابُضِ في الثَّمنِ بالبيعِ . . حَكمَ الحاكمُ بإِبطالِ البيعِ ، وإِبطالِ الشُّفْعةِ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ [المائدة : ٤٩] .

وإِنْ رُفِعَ إِلىٰ الحاكمِ بعدَ التقابُضِ في البيعِ ، والأَخذِ في الشُّفْعةِ . . لَمْ يُحكمْ بإِبطالِ البيعِ ، ولا بإِبطالِ الشُّفْعةِ ؛ لأَنَّهُ لا يُحكمُ ببُطلانِ ما ٱستقرَّ مِنْ عقودِهِمْ ، كالنكاحِ بعدَ الدخولِ .

وإِنْ رُفِعَ إِليهِ بعدَ التقابُضِ بالبيعِ ، وقَبلَ الأَخذِ بالشُّفْعةِ . . لَمْ يُحكمْ بإِبطالِ البيعِ ، ولٰكنْ يُحكمُ بإِبطالِ الشُّفْعةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تثبُتُ الشُّفْعةُ ، فإِنْ كانتْ لمُسلِمٍ . . أَخذَ بقيمةِ الخَمرِ ، وإِنْ كانتْ لذمِّيٍّ . . أَخذَ بمِثلِها) . وبناهُ علىٰ أَصلهِ : أَنَّ الخَمرَ لأَهلِ الذمَّةِ مالٌ .

ودليلُنا : أَنَّ البيعَ وقعَ بثَمنٍ حرامٍ ، فَلَمْ تثبُتْ فيهِ الشُّفْعةُ ، كالميْتةِ ، والدَّمِ .

فرعٌ : [اشترىٰ شقصاً فيه شفعة فارتدَّ] :

إِذا ٱشترىٰ رجلٌ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ ، فٱرتدَّ المشتري قَبلَ أَنْ يأَخذَ الشَّفيعُ . . فللشَّفيعِ أَنْ يأَخذَ الشِّقْصَ بالشُّفْعةِ ، سواءٌ كانَ المشتري باقياً علىٰ رِدَّتهِ ، أَو ماتَ ، أَو قُتِلَ بالرِّدَّةِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ فيهِ أَكثرُ مِنْ زوالِ مِلكهِ بموتهِ إِلىٰ المسلمينَ ، وهٰذا لا يُسقِطُ حقَّ الشَّفيعِ ، كما لو ماتَ المشتري ، وٱنتقلَ مالُهُ إِلىٰ المسلمينَ بالإِرثِ .

وهٰكذا : لوِ ٱرتدَّ الشَّفيعُ قبلَ الأَخذِ ، فماتَ أَو قُتِلَ بالرِّدَّةِ قَبلَ الأَخذِ . . فإِنَّ شُفْعتَهُ لا تَبطُلُ بذٰلكَ ، بَلْ يَنتقِلُ النَّظرُ فيها إِلىٰ الإِمامِ ، فإِنْ رأَىٰ المصلحةَ للمسلمينَ في أَخذهِ بالشُّفْعةِ . . أَخذَهُ ، ودفعَ الثَّمَنَ مِنْ بيتِ المالِ ، وإِنْ رأَىٰ الحظَّ في التَّركِ . . لَمْ

يأخذْهُ ؛ لأنَّ المالَ انتقلَ إليهمْ ، وهٰكذا : لو ماتَ الشَّفيعُ ، ولا وارثَ لهُ غيرُ المسلمينَ . . كانَ الحكمُ فيهِ ما ذكرناهُ .

فرعٌ : [بيع شقص في شركة المفلس] :

إذا بيعَ شِقْصٌ في شَرِكةِ المُفلِسِ . . كانَ لهُ الأخذُ بالشُّفْعةِ ، والعفوُ عنهُ ، وليسَ للغُرَماءِ الاعتراضُ عليه ؛ لأنَّهُ إنْ أرادَ التَّركَ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ الأخذِ ؛ لأنَّهُ إجبارٌ علىٰ التملُّكِ ، فلَمْ يَجُزْ ، وإنْ أرادَ الأخذَ . . لمْ يُجبَرْ علىٰ التركِ ؛ لأنَّهُ يأخذُهُ بثمنٍ في ذمَّتهِ .

ويجوزُ للمكاتَبِ الأخذُ بالشُّفْعةِ ، والتَّركُ ، وليسَ للسيِّدِ الاعتراضُ عليه ؛ لأنَّ التصرُّفَ يقعُ لهُ دونَ السيِّدِ ، وأمَّا العبدُ المأذونُ لهُ في التجارةِ : فإنْ أخذَ بالشُّفْعةِ . . جازَ ؛ لأنَّهُ مأذونٌ لهُ في الشراءِ ، وإنْ عفا . . كانَ للسيِّدِ إبطالُ عفوِهِ ؛ لأنَّ الحقَّ للسيِّدِ ، فلا يَملِكُ العبدُ إسقاطَهُ .

فرعٌ : [ثبوت الشفعة في بيع شقصِ يتيمٍ لآخر] :

وإنْ كانَ في حِجرهِ أيتامٌ لهمْ عَقارٌ مشتركٌ بينَهمْ ، فباعَ علىٰ أحدِهمْ نصيبَهُ منه[1] لحاجتهِ . . كانَ لهُ أنْ يأخذَ ذٰلكَ بالشُّفْعةِ للآخرينَ إذا رأىٰ لهمُ الحظَّ في ذٰلكَ ؛ لأنَّ لهُ ولايةً عليهمْ .

وإنْ كانَ وصِيّاً علىٰ يتيمٍ ، وبينَهما عَقارٌ ، فباعَ الوصيُّ علىٰ اليتيمِ نصيبَهُ فيهِ . . فهلْ للوصيِّ أخذُ ما باعَ علىٰ اليتيمِ بالشُّفْعةِ لنفسهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أحدُهما**] : قالَ ابنُ الحدّادِ : لا يجوزُ ؛ لأنَّ الوصيَّ متَّهمٌ في أنَّهُ لَمْ يَستقْصِ في ثَمنِ الشِّقْصِ[2] ليَتملَّكَهُ ، فلَمْ يَجُزْ لهُ الأخذُ .

و[**الثاني**] : مِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : يجوزُ لهُ أخذُهُ بالشُّفْعةِ . وبهِ قالَ ابنُ القفّالِ ؛

---

(١) في النسخ : (منها) . ويراد بها : الأرض أو النخل أو الضياع .
(٢) في (م) : (السلعة) .

لأنَّهُ يمكنُ نفيُ التُّهمَةِ عنهُ ، بأَنْ يُرجَعَ فيهِ إلىٰ تثمينِ ثقتَينِ مِنْ أَهلِ الخِبرةِ بالشِّقْصِ ، فإنْ قيلَ : إنَّهُ بيعَ بثَمنِ مِثلهِ . . ٱستحقَّ الأَخذَ ؛ لأنَّ البيعَ قدْ صحَّ ، وإنْ قيلَ : إنَّهُ بيعَ بأقلَّ مِنْ ثَمنِ مِثلهِ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ، ولَمْ يَستحِقَّ الأَخذَ .

والأَوّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ التُّهَمَةَ تلحَقُهُ معَ ذٰلكَ في أنَّهُ تركَ الزيادةَ علىٰ ثَمنِ المثلِ معَ إمكانِها ، فإنْ رفعَ الوصيُّ الأمرَ إلىٰ الحاكمِ ، فأَمرَ الحاكمُ مَنْ قرَّرَ ثَمنَ الشِّقْصِ ، فباعَ بهِ . . ٱستحقَّ الوصيُّ الأَخذَ بالشُّفْعةِ لنفسِهِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ التُّهَمَةَ منتفيةٌ عنهُ هاهُنا ، وإنْ كانَ الناظرُ في أَمرِ الصغيرِ أَباً أَو جَدّاً ، فباعَ عليهِ شِقْصاً لهُ فيهِ شُفْعةٌ . . ٱستحقَّ الشُّفْعةَ عليهِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ التُّهَمَةَ منتفيةٌ عنهما في حقِّهِ ، بدليلِ : أنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يشتريَ مالَهُ لنفسهِ ، ويبيعَ منهُ ، بخلافِ الوصيِّ .

وإنِ ٱشترىٰ الوصيُّ لليتيمِ شِقصاً للوصيِّ فيهِ الشُّفْعةُ . . فهلْ لهُ أَنْ يأَخذَهُ بالشُّفْعةِ منهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : ليسَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يَلزَمُ الصبيَّ العُهدةُ[1] في الشِّقْصِ ، ولا حظَّ لهُ في ذٰلكَ .

والثاني ـ وهوَ قولُ ٱبنِ الحدّادِ ، والقاضي أَبي الطيِّبِ ـ : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا تُهَمَةَ عليهِ في ذٰلكَ .

فرعٌ : [خلَّف حَمْلاً ومالاً وشقصاً لوصي فيستحق الشفعة] :

وإنْ ماتَ رجلٌ ، وخلَّفَ مالاً وحَمْلاً[2] ، وأَوصىٰ إلىٰ رجلٍ بالنَّظرِ في مالهِ ، والقيامِ في الحَمْلِ ، ولهُ شِقْصٌ ، فباعَ شريكُهُ . . قالَ أَبو العبّاسِ ابنُ سُريجٍ : لَمْ يكنْ للوصيِّ أَنْ يأخذَ بالشُّفْعةِ للحَمْلِ ؛ لأَنَّ الحَمْلَ قد لا يكونُ ، فلا يَستحِقُّ الأَخذَ لهُ ،

---

(١) **العهدة** : التبعة والضمان ونحوهما .

(٢) **الحَمْلُ** : الحَبَل ، وما كانَ في بطن امرأة ، يجمع علىٰ : أحمال وحُمُول ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] .

وقد يكونُ موجوداً إلاَّ أَنَّهُ يجوزُ أَنْ يكونَ رجلاً ، فيَستحِقُّ أَخذَ الجميعِ ، وقد يكونُ أُنثىٰ ، فلا تَستحِقُّ لهُ أَخذَ الجميعِ ، فلَمْ يَجُزِ الأَخذُ لمنْ يُشَكُّ في ٱستحقاقهِ .

مسأَلةٌ : [ضمان الشفيع عهدة الشقص] :

إذا باعَ شِقْصاً ، فضَمِنَ الشَّفيعُ للمشتري عُهدةَ الشِّقْصِ ، أَو ضَمِنَ للبائعِ الثَّمنَ علىٰ المشتري ، أَو شَرَطَ البائعُ أَوِ المشتري الخِيارَ للشَّفيعِ ، وقلنا : يَصِحُّ ، فٱختارَ إِمضاءَ البيعِ . . فإنَّ لهُ الأَخذَ بالشُّفْعةِ .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسَنِ ، وأَهلُ العراقِ : لا شُفْعةَ لهُ ؛ لأَنَّ البيعَ تَمَّ بهِ .

ودليلُنا : أَنَّ أَكثرَ ما فيهِ أَنَّ الشَّفيعَ رضيَ بالبيعِ ، وذٰلكَ لا يُسقِطُ حقَّهُ مِنَ الشُّفْعةِ ، كما لو قالَ الشَّفيعُ للمشتري : رضيتُ أَنْ تشتريَ ولا آخذُ منكَ بالشُّفْعةِ .

فرعٌ : [توكيل رجلٍ الشفيعَ في البيع] :

وإِنْ كانتِ الدارُ بينَ رجلينِ ، فوكَّلَ رجلٌ أَحدَ الشريكينِ أَنْ يبتاعَ لهُ نصيبَ شريكهِ ، فٱبتاعهُ لهُ . . فلهُ أَنْ يأخذَ ما ٱبتاعَ لموكِّلهِ بالشُّفْعةِ .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسَنِ ، وأَهلُ العراقِ : ليسَ لهُ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ .

دليلُنا : أَنَّهُ لَمْ يوجدْ منهُ أَكثرُ مِنَ الرِّضا بالشراءِ ، وذٰلكَ لا يُسقِطُ الشُّفْعةَ .

وإِنْ وكَّلَ أَحدُ الشريكينِ صاحبَهُ ليبيعَ لهُ نصيبَهُ ، فباعَهُ . . فهلْ للبائعِ أَنْ يأخذَ بالشُّفْعةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو العبّاسِ : لهُ أَخذُهُ ، ولا تبطُلُ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّهُ تولّىٰ أَحدَ طرفي العقدِ ، فلمْ تبطُلْ شُفعتُهُ ، كما لو توكَّلَ بالشراءِ .

و[**الثاني**] : قالَ ٱبنُ الحدّادِ : تبطُلُ شُفعتُهُ ؛ لأَنَّ التُّهَمَةَ تلحَقُهُ في إِرخاصِ الشِّقْصِ ، أَو تركِ أَخذِ الزيادةِ علىٰ ثَمنِ المِثلِ ليَتملَّكَهُ .

وإِنْ كانتِ الدارُ بينَهما نِصفينِ ، فقالَ أَحدُهما لصاحبهِ : وكَّلتُكَ أَنْ تبيعَ نِصفَ نصيبي مِنَ الدارِ ، وقالَ : إِنْ أَردتَ أَنْ تبيعَ نِصفَ نصيبِكَ معَهُ . . فٱفعلْ ، فباعَ الوكيلُ

نِصفَ الدارِ ، رُبْعَها عَنْ نفسهِ ، ورُبْعَها عَنْ موكِّلهِ[1] بثَمنٍ معلومٍ. . صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّ ما يقابلُ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهما مِنَ الثَّمنِ معلومٌ ، وللموكِّلِ أَنْ يأخذَ نصيبَ الوكيلِ بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يوجدْ منهُ أَكثرُ مِنَ الرِّضا ببيعهِ ، وذٰلكَ لا يُسقِطُ حقَّهُ مِنَ الشُّفْعةِ ، وليسَ لهُ أَنْ يأخذَ ما بيعَ عليهِ ؛ لأَنَّ الإِنسانَ لا يأخذُ بالشُّفْعةِ ما بيعَ عليهِ ، وهلْ للوكيلِ أَنْ يأخذَ بالشُّفْعةِ الرُّبُعَ الذي باعهُ عنْ موكِّلهِ ؟ علىٰ وجهينِ كالأُولىٰ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يأخذُ ذٰلكَ مِنَ المشتري لا مِنْ نفسهِ .

والثاني : ليسَ لهُ ذٰلكَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ متَّهمٌ في إِرخاصهِ ليأخذَهُ ، ولأَنَّهُ لمّا لَمْ يَملِكْ أَنْ يبتاعهُ مِنْ نفسهِ . . لَمْ يملِكْ أَخذَهُ بالشُّفْعةِ .

فرعٌ : [ثبوت الشفعة للعامل في القِراض] :

وإِذا ٱشترىٰ العاملُ في القِراضِ بعضَ دارٍ بمالِ القِراضِ ، ثُمَّ بيعَ الباقي . . كانَ للعاملِ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ للقراضِ ، فإِنْ لَمْ يأخذْهُ . . كانَ لربِّ المالِ أَنْ يأخذَهُ بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّ ما ٱشتراهُ بمالِ القِراضِ . . ملَكَهُ .

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ بمالِ القِراضِ شِقْصاً مِنْ دارٍ ، ولربِّ المالِ فيهِ شُفْعةٌ . . فهلْ لهُ أَنْ يأخذَهُ بالشُّفْعةِ ؟ فيهِ وجهان ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ مالَ المضاربةِ كالمنفردِ عنْ مِلكهِ ؛ لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ بهِ ، وهوَ العاملُ ، ويجوزُ أَنْ يَثبُتَ لهُ علىٰ مِلكهِ حقٌّ لأَجلِ حقِّ الغيرِ ، كما ثَبتَ لهُ علىٰ عبدهِ المرهونِ حقُّ الجنايةِ .

والثاني : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يتملَّكَ مِلكَهُ ، ويخالفُ الجنايةَ ؛ لأَنَّها ليستْ تمليكاً .

وذكرَ أَبو العبّاسِ وجهاً ثالثاً : أَنَّ لهُ أَخذَهُ بحكمِ فسخِ المضاربةِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا ليسَ مِنَ الشُّفْعةِ .

---

(١) في نسخة : (نصيبه وربعها عن شريكه) .

فإذا ما ٱشترىٰ العاملُ في القِراضِ شِقْصاً مِنْ دارٍ ، وللعاملِ فيهِ شُفْعةٌ . . فهلْ لهُ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ ؟

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إنْ كانَ في المالِ ربحٌ ، وقلنا : يَملِكُهُ بالظُّهورِ . . فهلْ لهُ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ ؟ علىٰ الوجهينِ في ربِّ المالِ ، وإنْ لَم يكنْ في المالِ ربحٌ ، أَو كانَ فيهِ رِبحٌ ، وقلنا : لا يَملِكُهُ بالظُّهورِ ، فلا شُفْعةَ لهُ ، وجهاً واحداً .

قلتُ : والذي يقتضي المذهبُ : أَنَّهُ إذا لَمْ يكنْ فيهِ رِبحٌ ، أَو كانَ فيهِ ، وقلنا : لا يَملِكُهُ بالظُّهورِ . . أَنَّ لهُ أَخذَهُ بالشُّفْعةِ ، وجهاً واحداً ، كما لو كانتْ دارٌ بينَ شريكينِ ، فأَذِنَ رجلٌ لأَحدِهما أَنْ يَبتاعَ لهُ نصيبَ شريكهِ ، فإنَّ للوكيلِ أَنْ يأخذَ ما ٱشتراهُ بالشُّفْعةِ لنفسهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ مَلَكَ أَربعةُ رجالٍ داراً أَرباعاً بينَهم ، ثُم قارضَ واحدٌ منهمْ أَحدَ شركائهِ علىٰ مالٍ ، فٱشترىٰ العاملُ بمالِ القِراضِ نصيبَ أَحدِ شريكيهما ، وعفا المتقارضانِ والشَّريكُ الرابعُ عَنْ أَخذِ ذٰلكَ بالشُّفْعةِ ، ثُمَّ ٱشترىٰ العاملُ بمالِ القِراضِ نصيبَ الشَّريكِ الرابعِ . . قالَ أَبو العبّاسِ : فإنَّ الشُّفْعةَ في هٰذا الرُّبعِ الرابعِ تكونُ بينَ ربِّ المالِ والعاملِ ومالِ القِراضِ ، أَثلاثاً بينَهم ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهم يَنفرِدُ بمِلكِ رُبْعِ الدارِ ، ويَملِكانِ[1] رُبْعَها بمالِ القِراضِ ، فقُسِمَ الرُّبْعُ المبيعُ بينَهمْ أَثلاثاً . علىٰ ذٰلكَ حكاها الشيخُ أَبو حامدٍ .

مسأَلةٌ : [يأخذ الشفيع الشقص بالثمن المستقر في العقد] :

إذا ٱشترىٰ رجلٌ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ ، وٱختارَ الشَّفيعُ الأَخذَ . . فإنَّهُ يأخذُهُ بالثَّمَنِ الذي ٱستقرَّ عليهِ العقدُ ؛ لقولهِ ﷺ في حديثِ جابرٍ : « فإنْ بَاعَهُ . . فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ بِٱلثَّمَنِ » .

فإنْ كانَ الشَّفيعُ قد شاهدَ الشِّقْصَ ، وعَلِمَ قدرَ الثَّمَنِ ، وقالَ : ٱخترتُ أَخذَهُ بالثَّمنِ

---

(١) الأَولىٰ أن يقال : ويملكون ؛ لأنها تقع للمقارضين وللعامل ، أي : من نصيب الشريك الثالث ، وهو الربع .

الذي تمَّ بِهِ العقدُ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : صحَّ الأَخذُ وإِنْ لَمْ يَختَرِ المشتري ، ولا حضَرَ ؛ لأَنَّهُ يَستحِقُّ أَخذَهُ بغيرِ ٱختيارِهِ ، فَلَمْ يَفتقِرْ إِلىٰ حضورِهِ ، ولا يفتقِرُ إِلىٰ حُكمِ الحاكمِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ ٱستحقاقَ الشَّفيعِ ثابتٌ **بالنصِّ والإِجماعِ** .

وإِنْ كانَ الشَّفيعُ لَمْ يشاهدِ الشِّقْصَ . . فهلْ يَصِحَّ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ ؟

إِنْ قلنا : إِنَّ بيعَ خيارِ الرؤيةِ لا يَصِحُّ . . لَمْ يَصِحَّ أَخذُهُ ، كما لا يَصِحُّ ٱبتياعُهُ لهُ .

وإِنْ قلنا : يَصِحُّ بيعُ خيارِ الرؤيةِ . . فهلْ يَصِحُّ أَخذُهُ لهُ قَبلَ رؤيته ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ أَنَّ الشَّفيعَ هلْ يثبُتُ لهُ خيارُ المجلسِ في الشُّفْعةِ ؟ وفيهِ وجهانِ يأتي ذكرهما .

فإِنْ قلنا : يثبتُ له فيها خيارُ المجلسِ . . ثبتَ له فيها خيارُ الرؤيةِ

وإِنْ قلنا : لا يثبُتُ لهُ خيارُ المجلسِ . . لَمْ يثبُتْ لهُ فيها خيارُ الرؤيةِ .

وقالَ أَبو العبّاسِ ابنُ سُريجٍ : لا يثبُتُ لهُ فيها خيارُ الرؤيةِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ خيارَ الرؤيةِ إِنَّما يثبُتُ للمشتري علىٰ أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّ البيعَ يثبُتُ برضا البائعِ ، وهاهُنا يؤخذُ الشِّقْصُ مِنَ المشتري بغيرِ رضاهُ ، فلا يثبُتُ فيها خيارُ الرؤيةِ .

وإِنْ كانَ الشَّفيعُ لَمْ يَعلَمْ قدرَ الثَّمنِ . . فذكَرَ ٱبنُ الصبّاغِ ، والطبريُّ : أَنَّ أَخذَهُ لا يَصِحُّ ، ولا يَسقُطُ حقُّهُ مِنَ الشُّفعةِ إِذا أَخَّرَ طلبَها إِلىٰ أَنْ يَعلَمَ قدرَ الثَّمنِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يُملَكُ بعِوَضٍ ، فلا يَصِحُّ معَ الجهالةِ بالعِوَضِ ، كالبيعِ .

وذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » : إِذا قالَ الشَّفيعُ : بكم ٱبتعتَ ؟ أَو بكمِ الثَّمنُ ؟ بَطلَتْ شُفعتُهُ ؛ لأَنَّهُ قد كانَ يمكنُهُ أَنْ يقولَ مكانَ ذٰلكَ : قدْ أَخذتُ بالثَّمنِ الذي ٱبتعتَ بهِ ، فلمّا لَمْ يَفعلْ . . كانَ تاركاً للمطالبةِ بالشُّفْعةِ معَ تمكُّنِهِ منها ، وهٰذا يدلُّ مِنْ قولِهِ : إِنَّ الأَخذَ يَصِحُّ معَ جهالةِ الشَّفيعِ بقدرِ الثَّمَنِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإِذا ٱختارَ الشَّفيعُ علىٰ ما ذكرناه . . مَلَكَ الشِّقْصَ بذٰلكَ ، ولا يلزمُ المشتريَ تسليمُ الشِّقْصِ إِليهِ حتّىٰ يُسلِّمَ إِليهِ الثَّمنَ ، فإِنْ كانَ الثَّمنُ موجوداً . . سلَّمهُ الشَّفيعُ إِليهِ ، وإِنْ تعذَّرَ الثَّمَنُ عليهِ في الحالِ . . أَجَّلنا الشَّفيعَ ثلاثاً ،

فإنْ أَحضرَ الثَّمنَ ، وإلاَّ فَسَخَ عليهِ الحاكمُ الأَخذَ ، وردَّهُ إلىٰ المشتري ، وإنَّما أُجِّلَ ثلاثاً ؛ لأنَّ تحصيلَ الثَّمنَ في الحالِ يتعذَّرُ عليهِ في غالبِ العادةِ ، وعدمُ ٱعتبارِ ذٰلكَ يؤدِّي إلىٰ إسقاطِ الشُّفْعةِ ، والإضرارِ بالشَّفيعِ ، فأُجِّلَ الثلاثَ ؛ لأنَّها مدَّةٌ قريبةٌ ، ولا ضَررَ علىٰ المشتري بذٰلكَ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰكذا : لو هربَ الشَّفيعُ بعدَ الأَخذِ . . جازَ للحاكمِ فسخُ الأَخذِ ، وردُّهُ إلىٰ المشتري ، فإنْ قيلَ : أَليسَ في البيعِ لو هربَ المشتري أَو أَخَّرَ الدفعَ . . لَمْ يَفسَخِ الحاكمُ البيعَ ؟ فهلاَّ قلتُمْ هاهُنا مِثلَهُ ؟ قالَ : فالجوابُ : أَنَّ البيعَ حصلَ بٱختيارِهما ، فلذٰلكَ لَمْ يكنْ للحاكمِ فسخُهُ عَليهما ، وهاهُنا أَخذَهُ الشَّفيعُ بغيرِ ٱختيارِ المشتري لإزالةِ الضررِ عنْ نفسهِ ، فإذا كانَ ذٰلكَ إضراراً بالمشتري رَفعهُ الحاكمُ . قالَ : وقدْ قالَ أَصحابُنا : إذا أَفلسَ الشَّفيعُ بعدَ أَخذهِ الشِّقْصَ . . فإنَّ المشتريَ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَضرِبَ بالثَّمَنِ معَ الغُرَماءِ ، وبينَ أَنْ يَرجعَ في الشِّقْصِ إذا أَفلسَ المشتري .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ : (لايأَخذُ الشَّفيعُ بالشُّفْعةِ حتّىٰ يُحضِرَ الثَّمنَ ، ولا يَملِكُهُ حتّىٰ يَحكُمَ لهُ الحاكمُ ، ولا يَحكُمُ لهُ الحاكمُ حتّىٰ يُحضِرَ الثَّمنَ) .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ : يؤجِّلُهُ الحاكمُ يومينِ ، أَو ثلاثاً ، ولا يأَخذُهُ إلاَّ بحكمِ الحاكمِ ، أَو رضا المشتري .

ودليلُنا : أَنَّ الأَخذَ بالشُّفْعةِ يُملَكُ بالعِوَضِ ، فلا يوقَفُ علىٰ إحضارِ العِوَضِ ، كالبيعِ .

فرعٌ : [اشترىٰ شقصاً فيه شفعةٌ ، وسيفاً] :

وإنِ ٱشترىٰ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ ، وسيفاً بثَمنٍ واحدٍ . . ثَبتتِ الشُّفْعةُ بالشِّقْصِ دونَ السيفِ ، وقُسِمَ الثَّمنُ بينَهما علىٰ قدرِ قيمتَيْهِما ، ولا يثبُتُ للمشتري الخِيارُ في البيعِ ، لتفرُّقِ الصَّفْقةِ عليهِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ رضيَ بذٰلكَ علىٰ نفسهِ . **هٰذا هوَ المشهورُ من المذهب** ، وبه قال أبو حنيفةَ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣١٦] : وقدْ قيلَ : لا تثبُتُ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ لتفرُّقِ الصَّفقةِ علىٰ المشتري .

وقالَ مالكٌ : (تثبُتُ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ ، والسيفِ ، ويأخذُهما الشَّفيعُ بالثَّمنِ) .

ودليلُنا : أَنَّ السيفَ لا شُفْعةَ فيهِ ، ولا هوَ تابعٌ لمَا تثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ ، فَلَمْ يَجُزْ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ ، كما لو أَفردَهُ بالبيعِ .

فرعٌ : [مضي خيار شراء الشقص مع زيادة الثمن] :

إِذا ٱشترىٰ شِقْصاً بثَمنٍ ، وٱنقضىٰ الخِيارُ ، ثُمَّ أَلحقا بالثَّمنِ زيادةً . . لَمْ تُلحَقْ بالعقدِ ، ولا يَملِكُها البائعُ ، إِلاَّ أَنْ تكونَ بعقدِ الهبةِ بشروطِها ، ولا يَستحِقُّها المشتري علىٰ الشَّفيعِ ؛ لأَنَّهُ تطوَّعَ بذٰلكَ ، وهٰكذا : إِنْ نَقَصَ عنهُ البائعُ بعضَ الثَّمنِ . . كانَ ذٰلكَ إِبراءً ، ولا يَسقُطُ عَنِ الشَّفيعِ ؛ لأَنَّ العقدَ قدِ ٱنبرمَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يُلحَقانِ بالعقدِ ، إِلاَّ أَنَّ الشَّفيعَ لا يثبُتُ في حقِّهِ إِلاَّ النُّقصانُ دونَ الزيادةِ) .

ودليلُنا : أَنَّ ذٰلكَ تغييرٌ بعدَ ٱستقرارِ العقدِ ، فَلَمْ يثبُتْ في حقِّ الشَّفيعِ ، كالزيادةِ .

وإِنْ أَلحقا بالثَّمنِ زيادةً ، أَو نَقَصا منهُ شيئاً في حالِ الخيارِ . . **فقدْ قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : إِنَّ ذٰلكَ يُلحَقُ بالعقدِ ، ويأخذُ الشَّفيعُ بهِ .

وقالَ أَبو عليٍّ الطبريُّ : هٰذا إِذا قلنا : إِنَّ المِلكَ لا يَنتقِلُ إِلىٰ المشتري ، إِلاَّ بشرطينِ ، أَو قلنا : إِنَّهُ موقوفٌ ، فأَمّا إِذا قلنا : إِنَّهُ يُمْلَكُ بالعقدِ . . فلا يُلحَقُ ذٰلكَ بالعقدِ . وهٰذا ليسَ بشيءٍ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣١٧] : فإِنْ حطَّ جميعَ الثَّمنِ في حالِ الخيارِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يبطُلُ البيعُ ؛ لأَنَّهُ يكونُ بيعاً بلا ثَمنٍ[١] .

---

(١) زاد في « الإبانة » : ويعود إلىٰ البائع .

فعلىٰ هٰذا : لا تثبُتُ الشُّفْعةُ .

والثاني : لا يبطُلُ البيعُ[1] ، كالإبراءِ ، فَفَرَّقَ بينَ الحطِّ ، والإبراءِ .

فعلىٰ هٰذا : هلْ يكونُ بيعاً ، أَو هبةً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ يكونُ بيعاً ، فتثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ .

والثاني : يكونُ هبةً ، فلا تثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ .

مسأَلةٌ : [نقصان الشقص في يد المشتري] :

وإِنِ ٱشترىٰ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ ، فنقَصَ الشِّقْصُ في يدِ المشتري قَبلَ أَنْ يأخذَهُ الشَّفيعُ ، بأَنْ كانَ داراً ، فٱنهدمَ ، أَو حُرِقَ ، وٱختارَ الشَّفيعُ الأَخذَ . . فنقَلَ المُزنيُّ : (أَنَّهُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ بجميعِ الثَّمنِ ، وبينَ أَنْ يترُكَ) . **ونصَّ الشافعيُّ في القديمِ** ، وفي مواضعَ مِنْ كُتبهِ **الجديدةِ** : (أَنَّهُ يأخذُهُ بحصَّتهِ مِنَ الثَّمنِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ خمسِ طُرقٍ :

فـ[**الأول**] : منهمْ مَنْ قالَ : فيها قولانِ ـ وهوَ **الصحيحُ** ـ :

أَحدُهما : يأخذُهُ بجميعِ الثَّمنِ ؛ لقولهِ ﷺ : « فَإِنْ بَاعَهُ . . فَشَرِيْكُهُ أَحَقُّ بِهِ بِٱلثَّمَنِ » . ولَمْ يُفرِّقْ .

والثاني : يأخذُهُ بالحصَّةِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ أَخذَ بعضَ ما يتناولُهُ العقدُ ، وأَخذَهُ بحِصَّتهِ مِنَ الثَّمنِ ، كما لو ٱشترىٰ سيفاً وشِقْصاً . . فإِنَّ الشَّفيعَ يأخذُ الشِّقْصَ بحِصَّتهِ ، وهٰذهِ علَّةُ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ .

وٱختلفَ أَصحابُ هٰذا الطريقِ ، إِذا كانَ هناكَ أَخشابٌ ، أَو أَحجارٌ منفصلةٌ عنِ الدارِ باقيةً . . هلْ يَستحِقُّها الشَّفيعُ ؟

فمنهمْ مَنْ قالَ : لا يَستحِقُّها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ منفصلٌ عنها حالَ أَخذهِ بالشُّفْعةِ ، فَلَمْ يَستحِقَّها ، كما لوِ ٱشترىٰ داراً ، وقدْ كانَ ٱنفصلَ عنها أَحجارٌ وأَخشابٌ .

---

(١) في « الإبانة » : ويبقىٰ ملكاً للمشتري كالإبراء ، ويكون ذٰلك بيعاً .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يَستحِقُّها الشَّفيعُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّ ٱستحقاقَهُ للشُّفْعةِ حالَ البيعِ ، وقدْ كانَ متَّصلاً بها ، فَلَمْ يَسقُطْ حقُّهُ بٱنفصالهِ عنها ، كما لوِ ٱشترىٰ داراً ، فٱنهدمتْ قَبلَ أَنْ يَقبِضَها .

و[**الطريقُ الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما يأخذُها بالحِصَّةِ ، قولاً واحداً ؛ للعلَّةِ التي ذَكرها الشافعيُّ .

وتأَوَّلَ هٰذا القائلُ ما نقلَهُ المُزنيُّ علىٰ : أَنَّهُ أَرادَ بهِ : إِذا ٱستهدَمَ الدارَ ، ولَمْ تنهدمْ ، بأَنِ ٱنشقَّ الحائطُ ، وما أَشبَهُهُ ، وهٰذا القائلُ يقولُ : إِذا كانَ هناكَ أَحجارٌ وأَخشابٌ منفصلةٌ . . فإِنَّ الشَّفيعَ لا يَستحِقُّ أَخذَها .

و[**الطريقُ الثالثُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : يأخذُهُ بجميعِ الثَّمنِ ، إِذا ٱنهدمتِ الدارُ ، ولَمْ يذهبْ مِنْ أَجزائِها شيءٌ . . فإِنَّهُ يأخذُ ما بقيَ مِنَ البناءِ ، وما ٱنفصلَ مِنَ الأَحجارِ والأَخشابِ ، بجميعِ الثَّمنِ .

والموضعُ الذي قالَ : يأخذُهُ بالحِصَّةِ ، إِذا ٱنهدمتِ الدارُ ، وذهبَ شيءٌ مِنْ أَجزاءِ الأَحجارِ والأَخشابِ ؛ لأَنَّ الثَّمنَ يقابلُ الأَعيانَ ، ولا يقابلُ التالفَ[1] .

و[**الطريق الرابع**] : منهمْ مَنْ قالَ : هيَ علىٰ حالينِ آخَرينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : يأخذُهُ بجميعِ الثَّمنِ ، إِذا كانتِ العَرْصةُ باقيةً ، ولا يَضُرُّهُ ذهابُ التالفِ مِنْ أَجزاءِ الأَحجارِ والأَخشابِ .

والموضعُ الذي قالَ : يأخذُهُ بالحِصَّةِ ، أَرادَ : إِذا ذهبَ شيءٌ مِنْ أَجزاءِ العَرْصةِ ؛ لأَنَّ العَرْصةَ هيَ الأَصلُ ، والأَحجارَ والأَخشابَ تابعةٌ لها ، ولهٰذا لَمْ تثبُتِ الشُّفْعةُ فيهما ، إِلاَّ تبعاً للعَرْصة ، فكانَ الحُكمُ للمتبوعِ دونَ التابعِ .

و[**الطريقُ الخامسُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : هيَ علىٰ حالينِ آخَرينِ :

---

(١) في نسخة : (التكاليف) .

فالموضعُ الذي قالَ : يأخذُهُ بجميعِ الثَّمنِ ، إذا ذهبَ بآفةٍ سماويَّةٍ .

والموضعُ الذي قال : يأخذُهُ بالحِصَّةِ ، إذا ذهبَ بفعلِ آدميٍّ ، إمّا البائع ، أَوِ المشتري ، أَو الأَجنبيِّ ؛ لأَنَّهُ إذا ذهبَ بآفةٍ سماويَّةٍ . . لَمْ يحصُلْ للمشتري بَدلُ ذٰلكَ ، وإذا ذَهبَ[1] بفعلِ آدميٍّ . . حصَلَ لهُ عِوَضُهُ . وهٰذا الطريقُ مذهبُ أَبي حنيفةَ .

قالَ أَصحابُنا : وهٰذا الطريقُ وإنْ كانَ صحيحاً في الفقهِ ، إلاَّ أَنَّهُ خلافُ نصِّ الشافعيِّ في **القديم** ؛ لأَنَّهُ قالَ فيهِ : (يأخذُهُ بالحِصَّةِ ، سواءٌ كانَ نَقصُهُ بفعلِ المشتري ، أَو بفعلِ أَجنبيٍّ ، أَو بآفةٍ سماويَّةٍ) .

مسأَلةٌ : [اشترىٰ شقصاً بمؤجل] :

وإنِ اشترىٰ شِقْصاً بمئةِ درهمٍ مؤَجَّلةٍ إلىٰ سنةٍ . . ففيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها ـ قالهُ في **القديم** ، وبهِ قالَ مالكٌ ـ : (إنَّ الشَّفيعَ يأخذُهُ بمئةٍ مؤَجَّلةٍ) ، إلاَّ أَنَّ مالكاً قالَ : (إنْ كان الشَّفيع ثِقةً ، وإلاَّ أَقامَ للمشتري ثِقةً يكونُ الثَّمنُ في ذمَّتهِ ؛ لأَنَّ الشَّفيعَ تابعٌ للمشتري في قدرِ الثَّمنِ وصفتهِ ، فكانَ تابعاً لهُ في التأجيلِ) .

فعلىٰ هٰذا : إنْ ماتَ المشتري قَبلَ حُلولِ الأَجلِ . . حَلَّ الدَّينُ عليهِ ؛ لأَنَّ الأَجلَ جُعِلَ رِفقاً بمَنْ عليهِ الدَّينُ ، والرِّفقُ هاهُنا للميِّتِ في تخليصِ ذمَّتهِ ، ولا يَحِلُّ ذٰلكَ علىٰ الشَّفيعِ ؛ لعدَمِ المعنىٰ الذي ذكرناهُ في المشتري ، وإنْ ماتَ الشَّفيعُ . . حلَّ عليهِ الدَّينُ للمشتري ، ولا يَلزَمُ المشتريَ تعجيلُ الثَّمنِ للبائعِ ؛ لما ذكرناهُ .

والقولُ الثاني ـ ذَكرهُ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في (كتابِ الشُّروطِ) ـ : (أَنَّ الشَّفيعَ يأخذُ الشِّقْصَ بسِلعةٍ تساوي مئةَ درهمٍ إلىٰ سنةٍ) ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يأخذَهُ بمئةٍ مؤجَّلةٍ ؛ لأَنَّ الذِّمَمَ لا تتساوىٰ ، ولا يجوزُ أَنْ يُطالَبَ بمئةٍ حالَّةٍ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَكثرُ مِمّا لَزِمَ المشتري ، فإذا تعذَّرَ هٰذانِ القِسمانِ . . لَمْ يَبقَ إلاَّ أَنْ يأخذَهُ بسِلعةٍ تساوي مئةً إلىٰ الأَجلِ .

---

(١) في نسخة : (فعل) .

والقولُ الثالثُ ـ ذَكرهُ الشافعيُّ في الجديدِ ، وهوَ الصحيحُ ـ : (أَنَّ الشَّفيعَ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُعجِّلَ المئةَ ، ويأخذَ الشِّقْصَ ، وبينَ أَنْ يَصبرَ ، ويَترُكَ الشِّقْصَ في يدِ المشتري إِلىٰ أَنْ يَحِلَّ الأجلُ ، فيأخذَ بالمئةِ) ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يأخذَ بمئةٍ مؤجَّلةٍ ؛ لأَنَّ الذِّمَمَ لا تتماثلُ ، ولا يجوزُ أَنْ يأخذَ بسلعةٍ تساوي مئةً إِلىٰ الأَجلِ ؛ لأَنَّ الشَّفيعَ لا يأخذُ بغيرِ جنسِ الثَّمنِ ، فإِذا بَطَلَ هٰذانِ القِسمانِ. . لَمْ يبقَ إِلاَّ أَنْ يُجبَرَ علىٰ ما ذكرناهُ . فإِنْ ماتَ المشتري قَبلَ حلولِ الأَجلِ. . حلَّ الثَّمنُ في تركَتهِ ، ولَمْ يَحِلَّ علىٰ الشَّفيعِ ، بَلْ هوَ بالخيارِ علىٰ ما ذكرناهُ ، وإِنْ لَمْ يَمُتِ المشتري ، ولٰكنْ باعَ الشِّقْصَ قَبْلَ حلولِ الأَجلِ. . صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّهُ مَلَكهُ ، والشَّفيعُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ بالبيعِ الثاني ، وبينَ أَنْ يَفسَخَ الثاني ، ويأخذَ بالأَوَّلِ .

مسأَلةٌ : [باع شقصاً في مرض موته] :

إِذا باعَ رجلٌ في مرضِ موتهِ شِقْصاً لهُ مِنْ دارٍ بثَمنِ مِثلهِ مِنْ وارثهِ. . صحَّ البيعُ ، سواءٌ كانَ الشَّفيعُ وارثاً أَو غيرَ وارثٍ ، ولا يُعترَضُ عليهِ في ذٰلكَ ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ بيعُهُ ؛ لأَنَّهُ محجورٌ عليهِ في حقِّهِ ، فصارَ كبيعِ الصبيِّ) .

وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّهُ محجورٌ عليهِ في حقِّهِ بالشرعِ ، كما يُحجَرُ عليهِ في حقِّ الأَجنبيِّ فيما زادَ علىٰ الثلُثِ ، فأَمّا البيعُ منهُ بثَمنِ المِثلِ : فغيرُ محجورٍ عليهِ في حقِّهِ .

وإِنْ حاباهُ ، بأَنْ باعَ منهُ شِقْصاً يساوي أَلفينِ بأَلفٍ. . فالورثةُ بالخِيارِ معَ المُحاباةِ هاهُنا ، سواءٌ احتملَها الثلُثُ أَو لَمْ يَحتمِلْها الثلُثُ ، فإِنْ أَجازوها. . أَخذَها الشَّفيعُ ، وإِنْ لَمْ يجيزوها. . فإِنَّ البيعَ يَصِحُّ في نِصفِ الشِّقْصِ بأَلفٍ ، ويَرجِعُ إِلىٰ الورثةِ نِصفُ الشِّقْصِ ، فإِنِ اختارَ الشَّفيعُ أَخذَ نِصفِ الشِّقْصِ بالأَلفِ. . أَخذَهُ ، ولَمْ يكنْ للمشتري فَسخُ البيعِ ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ عليهِ في ذٰلكَ ، وإِنْ لَمْ يَخترِ الشَّفيعُ أَخذَهُ. . كانَ للمشتري الخِيارُ ؛ لأَنَّ الصَّفْقةَ تفرَّقتْ عليهِ .

وإنْ كانَ المشتري أَجنبيّاً ، وكانَ هناكَ مُحاباةٌ تُخرَجُ مِنَ الثلُثِ ، فإنْ كانَ الشَّفيعُ أَجنبيّاً . . كانَ لهُ أَخذُ جميعِ الشِّقْصِ بالألفِ ؛ لأَنَّ الشَّفيعَ يأخذُ جميعَ ما حصَلَ للمشتري بالذي مَلَكَ بهِ ، وإنْ كانَ الشَّفيعُ وارثاً . . ففيهِ خمسةُ أَوجهٍ ؛ أَربعةٌ لأَبي العبّاسِ ، والخامسُ خرَّجَهُ أَصحابُنا :

أَحدُها : أَنَّ البيعَ صحيحٌ ، ولا يَستحِقُّ الشَّفيعُ إلاَّ نِصفَ الشِّقْصِ بالألفِ ، ويبقىٰ النِّصفُ للمشتري بغيرِ ثَمنٍ ؛ لأَنَّ المحاباةَ تَصِحُّ للأَجنبيِّ ، ولا تَصِحُّ للوارثِ ، فلو دفَعْنا جميعَ الشِّقْصِ إِلىٰ الشَّفيعِ . . لحصلَتِ المُحاباةُ للوارثِ ، وهٰذا لا يجوزُ ، فصارَ كأَنَّهُ باعَ مِنهُ النِّصفَ بأَلفٍ ، ووهبَ منهُ[1] النِّصفَ .

والوجهُ الثاني : أَنَّ البيعَ يَصِحُّ في نِصفِ الشِّقْصِ بأَلفٍ ، ويأخذُهُ الشَّفيعُ ، ويبطُلُ البيعُ في نِصفهِ ، فيَرجِعُ إِلىٰ ورثةِ الميِّتِ ؛ لأَنّا لا يُمكِنُنا أَنْ ندفعَ جميعَ الشِّقْصِ إِلىٰ الشَّفيعِ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ إثباتَ المُحاباةِ للوارثِ ، وهٰذا لا يَصِحُّ ، ولا يُمكِنُنا أَنْ نقولَ : يأخذُ نِصفَ الشِّقْصِ بالأَلفِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إِلىٰ أَنْ يَلزَمَ الشَّفيعَ أَكثرُ ممّا لزِمَ المشتري ، وهٰذا لا يجوزُ ، فلَمْ يَبقَ إلاَّ ما قلناهُ .

والوجهُ الثالثُ : أَنَّ البيعَ يَبطُلُ في الجميعِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ تصحيحُ البيعِ في الشِّقْصِ ، ودفعُ المُحاباةِ إِلىٰ الوارثِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يجوزُ ، ولا يمكنُ أَنْ يُدفَعَ إِلىٰ الوارثِ نِصفُ الشِّقْصِ بجميعِ الثَّمنِ[2] ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إِلىٰ أَنْ يَلزَمَ الشَّفيعَ أَكثرُ ممّا لَزِمَ المشتري ، وهٰذا لا يجوزُ ، ولا يمكنُ إبطالُ البيعِ في النِّصفِ الذي تعلَّقتْ بهِ المُحاباةُ فقطْ ؛ لأَنَّ تعلُّقَ البيعِ في النِّصفِ الذي حصَلتْ بهِ المُحاباةُ كتعلُّقهِ بالآخرِ ، فلَمْ يَبقَ إلاَّ الحكمُ بإبطالِ البيعِ في الجميعِ .

والوجهُ الرابعُ ـ وهوَ ٱختيارُ الشيخينِ : أَبي حامدٍ ، وأَبي إسحاقَ ـ : أَنَّ البيعَ يَصِحُّ في جميعِ الشِّقْصِ بالأَلفِ ، ويَستحِقُّ الشَّفيعُ أَخذَ جميعِهِ بالأَلفِ ؛ لأَنَّ الاعتبارَ بالمُحاباةِ لِمَنْ حصَلتْ لهُ ، لا بِمَنْ تؤولُ إليهِ المُحاباةُ ، والذي حصَلت لهُ المُحاباةُ هوَ

---

(١) في (م) : (له) .
(٢) أي : بألفين ، وفي (م) : (الألف) .

المشتري ، فهوَ كما لو أَوصىٰ لأَجنبيٍّ بشيءٍ ، ولوارثِ المُوصي علىٰ الموصىٰ لهُ دينٌ ، والموصىٰ لهُ محجورٌ عليهِ . . فإِنَّهُ يُعلَمُ أَنَّ الوصيَّةَ تؤُولُ إِلىٰ وارثِ المُوصي ، ولا يُحكَمُ بإِبطالِ الوصيَّةِ لهٰذا المعنىٰ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

والوجهُ الخامسُ ـ الذي خرَّجهُ أَصحابُنا ـ : أَنَّ البيعَ يَصِحُّ في جميعِ الشِّقْصِ بالأَلفِ ، وتَسقطُ الشُّفْعةُ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ، وٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ؛ لأَنَّا إِذا أَثبتنا الشُّفْعةَ . . أَدّىٰ إِلىٰ إِبطالِ البيعِ ، وإِذا بَطَلَ البيعُ . . بطَلتِ الشُّفْعةُ ، وما أَدّىٰ ثبوتُهُ إِلىٰ سقوطِهِ ، وسقوطِ غيرِهِ . . وجبَ إِسقاطُهُ ، ويفارقُ الوصيَّةَ لِمَنْ عليهِ دينٌ لوارثِ الموصي ؛ لأَنَّ ٱستحقاقَهُ للأَخذِ[1] إِنَّما هو بدَيْنِهِ لا مِنْ جهةِ الوصيَّةِ ، وهٰذا ٱستحقاقُهُ مِنْ جهةِ الوصيَّةِ .

مسأَلةٌ : [شراء الشقص بما لَهُ مثل] :

وإِنِ ٱشترىٰ الشِّقْصَ بعَرْضٍ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ لهُ مِثْلٌ ، كالحبوبِ ، والأَدهانِ . . أَخذَ الشَّفيعُ بمِثلهِ ؛ لأَنَّهُ مِنْ ذواتِ الأَمثالِ ، فأَشبهَ الأَثمانَ[2] .

وإِنِ ٱشتراهُ بما لا مِثلَ لهُ ، بأَنِ ٱشتراهُ بعبدٍ ، أَو ثوبٍ ، وما أَشبَهُ . . فإِنَّ الشَّفيعَ يأخذُ الشِّقْصَ بقيمةِ العَرْضِ الذي ٱشترىٰ بهِ ، **وبهِ قالَ عامَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ الحسنُ البصريُّ ، وسوّارٌ القاضي : لا تثبُتُ الشُّفْعةُ هاهُنا[3] .

دليلُنا : أَنَّهُ أَحدُ نوعي الثَّمنِ ، فجازَ أَنْ تثبُتَ فيهِ الشُّفْعةُ ، كذواتِ الأَمثالِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فأَيُّ وقتٍ تُعتَبرُ فيهِ قيمةُ العَرْضِ[4] ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في نسخة : (للآخر) .
(٢) في نسخة : (الأمثال) .
(٣) وكذا ذكره ابن قدامة في « المغني » (٥/٣٤٨) .
(٤) في نسخة : (العِوض) . وكلّ محتمل ، وما أثبت يدل له ما يأتي .

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أكثرِ أصحابِنا ـ : أَنَّها تُعتبرُ وقتَ البيعِ ؛ لأنَّهُ وقتُ الاستحقاقِ ، ولا اعتبارَ بما حدثَ بعدَ ذٰلكَ مِنْ زيادةٍ ، أو نُقصانٍ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أبي العبّاسِ ، ولَمْ يَذكرْ في « الفروعِ » غيرَهُ ـ : أَنَّها تُعتَبرُ حينَ استقرارِ العقدِ ، وهوَ عندَ انقضاءِ الخِيارِ ، كما يُعتَبرُ قدرُ الثَّمنِ في تلكَ الحالِ .

وقالَ مالكٌ : (يأخذُهُ الشَّفيعُ بقيمةِ العَرْضِ يومَ المحاكمةِ) .

وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّ ذٰلكَ ليسَ بوقتٍ لاستحقاقهِ للشُّفْعةِ ، وإنَّما الاعتبارُ بوقتِ الاستحقاقِ ، كما لو أتلفَ عليهِ عَرْضاً . . فإنَّ قيمتَهُ تُعتَبرُ وقتَ الإتلافِ ـ لأنَّهُ وقتُ الاستحقاقِ ـ لا وقتَ المحاكمةِ .

فرعٌ : [اشترىٰ شقصاً بعين فتلفت] :

وإنِ اشترىٰ شِقْصاً بعينٍ ، فتَلِفَتْ قَبلَ القبضِ . . بَطَلَ البيعُ ، وبَطلَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ فرعٌ للبيعِ ، فإذا بَطَلَ الأصلُ . . بطَلَ الفرعُ ، وهٰكذا : لوِ اشترىٰ شِقْصاً بعَرضٍ ، فاستُحِقَّ العَرْضُ . . بطَلَتِ الشُّفْعةُ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

فرعٌ : [اشترىٰ شقصاً بعبد فوجد به عيباً] :

وإنِ اشترىٰ شِقْصاً بعبدٍ ، فوَجدَ بائعُ الشِّقْصِ بالعبدِ عيباً ، فلا يخلو : إمّا أَنْ يكونَ ذٰلكَ بعدَ أَخذِ الشَّفيعِ الشِّقْصَ مِنَ المشتري ، أَو قَبلَ أَنْ يأخذَهُ .

فإنْ كانَ ذٰلكَ بعدَ أَنْ أخذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ . . فلبائعِ الشِّقْصِ أَنْ يردَّ العبدَ علىٰ المشتري ؛ لأنَّهُ مَلكهُ منهُ بعقدِ معاوضةٍ ، فكانَ لهُ ردُّهُ بالعيبِ ، فإذا ردَّهُ عليهِ . . لَمْ يكنْ للمشتري أَنْ يَسترجعَ الشِّقْصَ مِنَ الشَّفيعِ ؛ لأنَّ الشَّفيعَ قدْ مَلكهُ بالأخذِ ، فلَمْ يَجُزْ إبطالُ مِلكِهِ ، كما لو باعهُ للمشتري ، ثُمَّ وَجدَ بائعُهُ بالثَّمنِ عيباً .

فعلىٰ هٰذا : يَرجعُ بائعُ الشِّقْصِ علىٰ المشتري بقيمةِ الشِّقْصِ ؛ لأنَّهُ تعذَّرَ عليهِ الرجوعُ إلىٰ عينِ الشِّقْصِ ، فرَجعَ عليهِ بقيمتهِ ، كما لو غَصَبَ شيئاً ، فتَلِفَ في يدهِ .

إذا ثبتَ هٰذا : وقدْ أخذَ المشتري مِنَ الشَّفيعِ قيمةَ العبدِ . . فهل يثبُتُ التراجعُ بينَ

الشَّفيعِ والمِشتري بما بينَ قيمةِ الشِّقْصِ وقيمةِ العبدِ إنْ كانَ بينَهما ٱختلافٌ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تراجعَ بينَهما ؛ لأنَّ الشَّفيعَ قدْ أَخذَ الشِّقْصَ بالثَّمنِ الذي ٱستقرَّ عليهِ العقدُ ، وهوَ قيمةُ العبدِ ، ولا يَتغيَّرُ ذٰلكَ لِمَا حدثَ مِنَ الردِّ .

والثاني : يتراجعانِ ؛ لأنَّ الشَّفيعَ يأخذُ الشِّقْصَ بما ٱستقرَّ علىٰ[1] المشتري والذي ٱستقرَّ عليهِ الآن ، وهوَ قيمةُ الشِّقْصِ .

فعلىٰ هٰذا : يقابَلُ بينَ القيمتينِ ، فإنْ كانتْ قيمةُ الشِّقْصِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ العبدِ. . رَجعَ المشتري علىٰ الشَّفيعِ بما زادَ علىٰ قيمةِ العبدِ ، وإنْ كانتْ قيمةُ العبدِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ الشِّقْصِ. . ٱسترجعَ الشَّفيعُ مِنَ المشتري ما زادَ مِنْ قيمةِ العبدِ علىٰ قيمةِ الشِّقْصِ ، فإنْ عادَ الشِّقْصُ إلىٰ المشتري ببَيعٍ ، أَو هبةٍ ، أَو إرثٍ. . لَمْ يكنْ للبائعِ أَنْ يَرُدَّ القيمةَ ويطالبَ بالشِّقْصِ ؛ لأنَّ مِلكَ البائعِ والمشتري قدْ زالَ عَنِ الشِّقْصِ ، بخلافِ المغصوبِ إذا ضَلَّ عَنِ الغاصبِ ؛ لأنَّ مِلكَ المغصوبِ منهُ لَمْ يَزُلْ .

وإنْ وَجدَ بائعُ الشِّقْصِ بالعبدِ عيباً قَبلَ أَنْ يأخذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ. . فأَيُّهما أَحقُّ بالشِّقْصِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ البائعَ أَحقُّ[2] بهِ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ تثبُتُ لإزالةِ الضررِ عَنِ الشَّفيعِ ، وفي إثباتِها هاهُنا إضرارٌ بالبائعِ ، والضررُ لا يُزالُ بالضررِ .

والثاني : أَنَّ الشَّفيعَ أَحقُّ بالشِّقْصِ ؛ لأنَّ حقَّهُ سابقٌ ؛ لأَنَّهُ ثبَتَ بالبيعِ .

فعلىٰ هٰذا : يَرجعُ بائعُ الشِّقْصِ علىٰ المشتري بقيمةِ الشِّقْصِ ، وهلْ يأخذُ الشَّفيعُ الشِّقْصَ بقيمتِهِ ، أَو بقيمةِ العبدِ ؟ علىٰ الوجهينِ المذكورينِ في التراجُعِ .

وإن وجدَ بائعُ الشِّقْصِ بالعبدِ عيباً ، وقدْ حدثَ عندَهُ فيهِ عيبٌ آخَرُ. . فلا يُجبَرُ المشتري علىٰ قَبولِ العبدِ لأَجلِ العيبِ الحادثِ عندَ بائعِ الشِّقْصِ ، ولٰكنْ يَرجعُ بائعُ

---

(١) في (م) : (عليه) .
(٢) في نسخة : (أولىٰ) .

الشِّقْصِ علىٰ المشتري بأَرْشِ العيبِ ، وهلْ يَرجِعُ المشتري علىٰ الشَّفيعِ بشيءٍ ؟ قالَ أَصحابُنا : يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ الشَّفيعُ قدْ دفعَ إلىٰ المشتري قيمةَ العبدِ سليماً . . فلا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَخذَ منهُ قيمتَهُ سليماً ، فدَخلَ في جُملةِ ذٰلكَ أَرْشُ العيبِ .

وإنْ كانَ قوَّمهُ عليهِ معيباً . . فهلْ يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ ٱستحقَّهُ بما سمّىٰ في العقدِ .

والثاني : يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّ الثَّمنَ ٱستقرَّ علىٰ المشتري بالعبدِ والأَرْشِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وينبغي أَنْ يَرجِعَ هاهُنا ، وجهاً واحداً ، بخلافِ ما تقدَّمَ مِنْ قيمةِ الشِّقْصِ ؛ لأَنَّ العقدَ ٱقتضىٰ أَنْ يكونَ العبدُ سليماً ، فَما دَفعَ إلاَّ ما ٱقتضاهُ العقدُ ، بخلافِ قيمةِ الشِّقْصِ ، ولهٰذا لو كانَ دَفعَ قيمةَ عبدٍ سليمٍ . . لَمْ يكنْ للشَّفيعِ أَنْ يَرجِعَ عليهِ بقدرِ قيمةِ العبدِ ، فَثبَتَ أَنَّ ذٰلكَ مُستَحَقٌّ علىٰ الشَّفيعِ .

قلتُ : **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ قيمةَ الشِّقْصِ إذا كانتْ أَكثرَ مِنْ قيمةِ العبدِ ، وأَخذَ الشَّفيعُ بقيمتهِ سليماً . . أَنَّ حُكمَهُ حُكمُ مَا لو أَخذَ الشِّقْصَ بقيمتهِ معيباً ؛ لأَنَّ البائعَ إنَّما يَرجِعُ علىٰ المشتري بالأَرشِ بجُزءٍ مِنْ قيمةِ الشِّقْصِ ، فحينئذٍ يستقِرُّ عليهِ الشِّقْصُ بأَكثرَ مِنْ قيمةِ العبدِ ، وهلْ يكونُ لهُ الرجوعُ بالفضلِ ؟ علىٰ ما مضىٰ مِنَ الوجهينِ .

فرعٌ : [الشقص يكون مهراً وعوض خلع وأجرة] :

قدْ ذكرنا : أَنَّ الشِّقْصَ إذا جُعِلَ مَهراً في نكاحٍ ، أَو عِوَضاً في خُلْعٍ ، أَو أُجرةً في إجارةٍ . . فإنَّ الشُّفْعةَ تَثبُتُ فيهِ[1] ، ومضىٰ خلافُ أَبي حنيفةَ فيها .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الشَّفيعَ يأخذُهُ ، ويَلزَمُهُ أَنْ يَدفعَ إلىٰ المرأَةِ مَهرَ مِثلِها إذا كانَ صَداقاً ، ويدفعَ إلىٰ الزوجِ مَهرَ مِثلِ المرأَةِ التي خالعَتْهُ عليهِ ، ويَدفعَ إلىٰ المؤاجِرِ أُجرةَ مِثلَ المَنفعةِ التي جعلَ الشِّقْصَ أُجرةً عنها .

---

(١) وكذا هو رأي الحسن إلا في الصداق ، كما في « المحلىٰ » (٩/ ٨٨) .

وقالَ مالكٌ : (يَلزَمُهُ قيمةُ الشِّقْصِ) .

ودليلُنا : أَنَّ المنفعةَ لا مِثلَ لها ، فأَخذَ الشَّفيعُ بقيمتِها ، كالثوبِ ، والعبدِ .

وإنْ جُعِلَ الشِّقْصُ مُتْعةً في طلاقِ امرأَةٍ . . فيأخذُ الشَّفيعُ بمُتْعةِ مِثلِها ، لا بمَهرِ مِثلِها ؛ لأَنَّ الواجبَ المُتْعةُ لا المَهرُ .

فرعٌ : [أمهر شقصاً فيه شفعة] :

إذا أَصدقَ الرجلُ امرأَتَهُ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ ، ثُمَّ طلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ ، فإنْ طلَّقَها بعدَ ما أَخذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ . . فإنَّ الزوجَ لا يَستحِقُّ الرجوعَ في نِصفِ الشِّقْصِ ؛ لأَنَّ مِلكَ المرأَةِ قد زالَ عنهُ ، ولٰكنْ يَرجِعُ الزوجُ علىٰ زوجتهِ بنصفِ قيمةِ الشِّقْصِ ، كما لو كانَ الشِّقْصُ تالفاً .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّهُ يَرجِعُ عليها بقيمةِ نِصفِ الشِّقْصِ أَقلَّ ما كانتْ مِنْ حينِ العقدِ إلىٰ حينِ القبضِ ؛ لأَنَّ القيمةَ إنْ كانتْ أَقلَّ وقتَ العقدِ ، ثُمَّ زادتْ . . فالزيادةُ حدَثَتْ في مِلكِها ، فلا يَرجِعُ الزوجُ عليها بها ، وإنْ كانتْ قيمتُهُ وقتَ العقدِ أَكثرَ ، ثُمَّ نقَصتْ . . فالنُّقصانُ مضمونٌ عليهِ ، فلا يَرجِعُ عليها بما هو مضمونٌ عليهِ . ولَمْ يَذكرْ أَصحابُنا التراجعَ بينَ الزوجةِ والشَّفيعِ .

قلتُ : **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ الزوجةَ قدْ أَخذتْ مِنَ الشَّفيعِ مَهرَ مِثلِها ، وقدْ دفعتْ إلىٰ الزوجِ نِصفَ قيمةِ الشِّقْصِ ، فإنْ كانَ بينَ نصفِ مهرِ المِثلِ وبينَ نِصفِ قيمةِ الشِّقْصِ فضلٌ . . فهلْ يثبُتُ بينَهما التراجعُ فيهِ ؟ يُحتمَلُ أَنْ تكونَ علىٰ الوجهينِ ، كما قلنا في العبدِ المعيبِ .

وإنْ عفا الشَّفيعُ عَنِ الشُّفْعةِ ، ثُمَّ طلَّقَها الزوجُ قَبلَ الدُّخولِ . . رَجعَ الزوجُ بنِصفِ الشِّقْصِ ؛ لأَنَّ حقَّ الشَّفيعِ قدْ سقَطَ عنهُ .

وإنْ طلَّقها الزوجُ قَبلَ الدُّخولِ ، وقَبلَ عِلمِ الشَّفيعِ بالنكاحِ[1] . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في نسخة : (بالشراء) .

أَحدُهما : أَنَّ الزوجَ أَولىٰ بالرجوعِ ، فيَرجِعُ بِنصفِ الشِّقْصِ ، ويأخذُ الشَّفيعُ النِّصفَ بِنصفِ مَهرِ المِثلِ ؛ لأَنَّ حقَّ الزوجِ ثبَتَ بنصِّ القرآنِ ، وهو قولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] ، وحقَّ الشَّفيعِ ثبَتَ بأَخبارِ الآحادِ ، والاجتهادِ .

والثاني ـ وهو المنصوصُ ـ : (أَنَّ الشَّفيعَ أَحقُّ) ؛ لأَنَّ حقَّهُ أَسبقُ ؛ لأَنَّهُ ثبَتَ بعقدِ النكاحِ ، وحقَّ الزوجِ ثبَتَ بالطلاقِ ، ولأَنَّ حقَّ الشَّفيعِ ثبَتَ أَيضاً بالإِجماعِ ، وما ثبَتَ بالإِجماعِ . . كالثابتِ بنصِّ الكتابِ ، ومعَ هٰذا ترجيحٌ ، وهو أَنّا إِذا دفعنا الشِّقْصَ إِلىٰ الشَّفيعِ . . لَمْ يسقُطْ حقُّ الزوجِ ؛ لأَنَّهُ يَرجِعُ إِلىٰ قيمةِ الشِّقْصِ ، فإِذا دفعناهُ إِلىٰ الزوجِ . . أَسقطنا حقَّ الشَّفيعِ ، فكانَ هٰذا أَولىٰ .

مسأَلةٌ : [اشترىٰ شقصاً فيه الشفعة] :

إِذا ٱشترىٰ رجلٌ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ . . فلا يخلو : إِمّا أَنْ يَعلمَ الشَّفيعُ بالبيعِ ، أَو لَمْ يَعلَمْ .

فإِنْ لَمْ يَعلمْ ، مِثلُ : أَنْ كانَ غائباً ، أَو كتَمَ عنهُ . . لَمْ تسقُطْ شُفعتُهُ وإِنْ طالَ الزمانُ ؛ لأَنَّ هٰذا خيارٌ لإِزالةِ الضررِ ، فلا يسقُطُ بالجهلِ بهِ ، كما لوِ ٱشترىٰ شيئاً معيباً ، ولَمْ يَعلمْ بالعيبِ إِلاّ بعد زمانٍ طويلٍ .

وهٰكذا : لو علمَ بالبيعِ ، ولَمْ يَعلمْ مَنِ المشتري ، أَو لَمْ يَعلمْ جنسَ الثَّمنِ ، أَو قدرَهُ . . لَمْ تسقُطْ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يَعلمُ القدرَ مِنَ الثَّمنِ الذي يدفعُهُ ، ولأَنَّ لهُ غَرَضاً في العِلمِ بعينِ المشتري ؛ لأَنَّهُ قد لا يرضىٰ بشَرِكةِ رجلٍ ، ويرضىٰ بشَرِكةِ غيرِهِ .

وإِنْ عَلِمَ بالبيعِ ، وقدرِ الثَّمنِ ، والمشتري . . فلا يخلو : إِمّا أَنْ يكونَ لهُ عذرٌ ، أَو لا يكونَ لهُ عذرٌ .

فإِنْ لَمْ يكنْ لهُ عذرٌ ، وطالبَ بالشُّفْعةِ علىٰ الفورِ . . صحَّ ذٰلكَ ، وإِنْ أَخَّرَ الطلبَ عَنِ الفورِ . . فهلْ تسقُطُ شُفْعتُهُ ؟ فيهِ أَربعةُ أَقوالٍ :

أَحدُها ـ قالهُ في القديمِ ـ : (أَنَّ لهُ الخِيارَ علىٰ التأبيدِ لا يسقُطُ إِلاّ بالعفوِ ، أَو بما

يدلُّ علىٰ التركِ ، بأَنْ يقولَ للمشتري : قاسِمني ، أَو بِعني ، وليسَ للمشتري أَنْ يَرفعَهُ إِلىٰ الحاكمِ ليُجبرَهُ علىٰ الأَخذِ ، أَوِ التركِ) .

ووَجهُهُ : قولُهُ ﷺ : « فَإِنْ بَاعَهُ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ .. فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ » . ولَمْ يُفرِّقْ .

ولأَنَّهُ آستيفاءُ حَقٍّ لهُ ، فجازَ لهُ تأخيرُهُ إِلىٰ أَيِّ وقتٍ شاءَ ، كالقِصاصِ .

والقولُ الثاني ـ قالهُ في **القديمِ** أَيضاً ـ : (أَنَّهُ علىٰ التراخي لا يسقُطُ إِلاَّ بصريحِ العفوِ ، أَو بما يدلُّ عليهِ) ، إِلاَّ أَنَّ للمشتري أَنْ يَرفعَهُ إِلىٰ الحاكمِ ليُجبرَهُ علىٰ الأَخذِ ، أَوِ التركِ ؛ لأَنّا لو قلنا : إِنَّهُ علىٰ الفورِ .. أَضررنا بالشَّفيعِ ؛ لأَنَّ الحظَّ لهُ أَنْ يؤخِّرَ لينظُرَ : هلِ الحظُّ في الأَخذِ ، أَوِ التركِ ؟ ولو قلنا : إِنَّهُ علىٰ التأبيدِ .. أَضررنا بالمشتري ؛ لأَنَّهُ لا يَغرِسُ في أَرضهِ ، ولا يبني مخافةَ أَنْ يَنتزِعَ ذٰلكَ منهُ ، فجُعِلَ لهُ الخيارُ إِلىٰ أَنْ يَرفعَهُ المشتري إِلىٰ الحاكمِ .

والقولُ الثالثُ ـ قالَهُ الشافعيُّ في (سيرِ) « حرملةَ » ـ : (أَنَّ للشَّفيعِ الخيارَ إِلىٰ ثلاثةِ أَيّامٍ) ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ أَنْ يُجعلَ لهُ الخِيارُ علىٰ التأبيدِ ، ولا علىٰ الفورِ ؛ لِمَا بيَّنّاهُ ، ولا بدَّ مِنْ فصلٍ بينهما ، وقُدِّرَ ذٰلكَ بثلاثةِ أَيّامٍ ؛ لأَنَّها مدَّةٌ قريبةٌ ؛ لأَنَّها آخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ، وأَوَّلُ حَدِّ الكثرةِ ، والضررُ يزولُ عنهما بذٰلكَ .

والرابع ـ قالَهُ في **الجديدِ** ـ : (أَنَّ خيارَهُ علىٰ الفورِ) . فإِذا أَخَّرَ الطلبَ مِنْ غيرِ عذرٍ .. سقَطتْ شُفْعتُهُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لقوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا »[١] ، ورُوِيَ عنهُ ﷺ : أَنَّهُ قالَ : « الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ ٱلْعِقَالِ ، إِنْ قُيِّدَتْ .. ثَبَتَتْ ، وإِنْ تُرِكَتْ .. فَٱللَّوْمُ عَلىٰ مَنْ تَرَكَهَا »[٢] . ولأَنَّهُ خيارٌ لإِزالةِ الضررِ عَنِ المالِ ،

---

(١) أخرجه من قول معمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٤٠٦) في الشفعة ، ولفظه : « إنما الشفعة لمن واثبها » . واثبته : ساورته ، **والوثوب** : المبادرة والمسارعة .

(٢) أورده الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٥) ، فقال : يروىٰ : « الشفعة كنشط عقال ، إن قيدت .. ثبتت ، وإلا .. فاللوم علىٰ من تركها » . هٰذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ ، والماوردي هكذا بلا إسناد ، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر .

ورواه عن ابن عمر ابن ماجه (٢٥٠٠) في الشفعة : « الشفعة كحل العقال » . ثم قال الحافظ : ذكره عبد الحق في « الأحكام » عنه ، وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في « المحلىٰ » . =

فكانَ علىٰ الفورِ ، كخيارِ الردِّ بالعيبِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنْ خيارِ القِصاصِ .

فإذا قلنا بهٰذا ، وعليهِ التفريعُ : فمعنىٰ قولِنا : (علىٰ الفورِ) هوَ أَنْ يطالبَهُ علىٰ حَسَبِ ما جَرتِ العادةُ بهِ ، لا علىٰ أَسرعِ ما يمكنُ ، حتَّىٰ لو أَمكنَهُ أَنْ يَطرِدَ[١] مركوبَهُ ، أَو يُسرِعَ في السَّيرِ ، فلَمْ يَفعلْ . . أَنْ تبطُلَ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّ هٰذا لا يقولُهُ أَحدٌ ، ولٰكنْ علىٰ حَسَبِ العادةِ ، فإِنْ عَلِمَ ذٰلكَ باللَّيلِ . . فليسَ عليهِ أَنْ يطالبَهُ ، حتَّىٰ يُصبحَ ؛ لأَنَّ العادةَ في اللَّيلِ الإِيواءُ والسَّكَنُ دونَ المطالبةِ بالحقوقِ ، وكذٰلكَ : إِنْ عَلِمَ وهو جائعٌ أَو عطشانُ . . لَمْ يكنْ عليهِ أَنْ يُطالِبَ حتّىٰ يَفرُغَ مِنَ الأَكلِ والشُّربِ ، وكذٰلكَ : إِنْ عَلِمَ بهِ وهو في الحمّامِ . . لَمْ يكنْ عليهِ أَنْ يُطالِبَ حتّىٰ يَخرُجَ منهُ ، وكذٰلكَ : إِنْ كانَ يريدُ الصلاةَ . . فلَهُ أَنْ يَتطهَّرَ ، ويلبَسَ الثوبَ ، ويُؤذِّنَ ، ويأَتيَ بسُنَنِ الصلاةِ وهيآتِها ، ولا تَبطُلُ شُفْعتُهُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ العادةَ جَرتْ بتقديمِ هٰذهِ الحَوائجِ علىٰ غيرِها ، وكذٰلكَ : إِذا أَخَّرَهُ لإِغلاقِ البابِ ، وحفظِ المالِ ، وتحصيلِ المركوبِ إِنْ كانَتْ عادتُهُ الرُّكوبَ ، أَو كانتِ المسافةُ بعيدةً ؛ لأَنَّ العادةَ جَرَتْ بتقديمِ ذٰلكَ ، وإِذا لقيَ المشتريَ ، وقالَ : السلامُ عليكم ، أَخذتُ الشِّقْصَ أَوِ الشُّفْعةَ بالثَّمنِ الذي ٱشتريتَ بهِ . . صحَّ ذٰلكَ ، ولا تَبطُلُ شُفْعتُهُ بالسلامِ ؛ لأَنَّ السلامَ قَبلَ الكلامِ سُنَّةٌ ؛ لما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ بدأَ بالكلامِ قَبلَ السلامِ . . فلا تجيبوهُ »[٢] .

= قال البوصيري في « الزوائد » : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني ، قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيلماني . . فالبلاء فيه منه . وحدَّث عن أبيه نسخة كلها موضوعة ، لا يجوز الاحتجاج به ، ولا يذكر إلا علىٰ وجه التعجب . ومحمد بن الحارث ضعيف أيضاً .
قال السبكي في « شرح المنهاج » : المشهور : أن معناه : أنها تفوت إن لم يبتدر إليها ، كالبعير الشرود يحل عقاله . وروىٰ عن ابن عمر ابن ماجه (٢٥٠١) ـ أيضاً بنفس السند ، ورفعه ـ : « لا شفعة لشريك علىٰ شريك إذا سبقه بالشراء ، ولا لصغير ، ولا لغائب » . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٧٢) : وهو غير حجة ، ثم قال : ولهٰذا كان الصحيح من القولين أن يشاركه ، والله أعلم . **إذا سبقه بالشراء** : إذا اشترىٰ أحد الشركاء الثلاثة نصيب واحد منهم ، فليس للشريك الآخر أن يأخذ شيئاً منه بالشفعة .

(١) **يطرد** ، مأخوذ من المطاردة : وهي الإجراء للسباق .

(٢) أخرجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما الترمذي (٢٧٠٠) بنحو معناه ، بلفظ : « السلام قبل الكلام » ، و : « لا تدعو أحداً إلىٰ الطعام حتىٰ يسلم » . قال أبو عيسىٰ : هٰذا حديث منكر =

وإنْ قالَ : باركَ اللهُ لكَ في صَفْقةِ يمينِكَ . . لَمْ تَبطُلْ شُفْعتُهُ بذٰلكَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يَتَّصلُ بالسلامِ ، ولأنَّهُ إذا بوركَ في الصَّفْقةِ . . ٱنتفعَ الشَّفيعُ بها ؛ لأنَّهُ يأخذُ مِنَ الصَّفْقةِ المباركةِ ، فلَمْ تَبطُلْ شُفْعتُهُ بذٰلكَ .

وإنْ سألَهُ بعدَ السلامِ عَنْ حالِهِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . بَطلَتْ شفعتُهُ ؛ لأنَّهُ تَركَ الأخذَ بالشُّفْعةِ معَ القُدرةِ عليها ، فبَطلَتْ .

وإنْ قالَ الشَّفيعُ للمشتري : هَبني ، أَو بِعني الشِّقْصَ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . بَطلَتْ شفعتُهُ ؛ لأنَّهُ عَدَلَ عَنِ المطالبةِ بالشُّفْعةِ ، إلىٰ أنْ يتملَّكَهُ بجهةٍ أُخرىٰ .

وإنْ قالَ المشتري للشَّفيعِ : صالحني عمّا وَجبَ لكَ مِنَ الشُّفْعةِ بدينارٍ ، فقالَ الشَّفيعُ : صالحتُكَ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ، ولا يَملِكُ الشَّفيعُ العِوَضَ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفة .

وقالَ مالكٌ : (يَصِحُّ) .

= إلا من هٰذا الوجه ، وسمعت محمداً يقول : عنبسة بن عبد الرحمن ضعيف في الحديث ذاهب ، ومحمد بن زاذان منكر الحديث . قال ابن القيم في « زاد المعاد » (٢/ ٤١٤) : وهٰذا وإن كان ضعيفاً . . فالعمل عليه . ولهٰذا المعنىٰ في الباب :

عن ابن عمر بلفظ : « السلام قبل السؤال ، فمن بدأكم بالسؤال قبل السلام . . فلا تجيبوه » . رواه ابن عدي في « الكامل » في ترجمة حفص بن عمر ، وهو ضعيف ، وابن السني في « عمل اليوم والليلة » بلفظ : « من بدأ بالكلام قبل السلام . . فلا تجيبوه » . وسنده حسن .

وعن جابر رواه أبو نعيم في « تاريخ أصبهان » (١/ ٣٥٧) وفي سنده مجهول ، والباقون ثقات ، بلفظ : « لا تأذنوا لمن لم يبدأ بالسلام » .

وعن أبي هريرة رواه الطبراني في « الأوسط » ورجاله ثقات ، إلا أن فيه عبد الملك لم أجد له سماعاً من أبي هريرة ، كما قال الهيثمي في « المجمع » (٨/ ٣٢) ، بلفظ : « لا يؤذن للمستأذن حتىٰ يبدأ بالسلام » .

وعن كلدة بن حنبل أنه دخل علىٰ النبي ﷺ ولم يسلم ، فقال : « ارجع ، فقل : السلام عليكم ، أأدخل ؟ » . رواه أبو داود (٥١٧٦) ، والترمذي (٢٧١١) وإسناده صحيح أو حسن .

دليلُنا : أَنَّهُ خيارُ تَملُّكٍ ، فلا يَصِحُّ بدَلُ العِوَضِ فيهِ ، كخيارِ الثلاثِ ، وهلْ تَسقُطُ الشُّفْعةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تسقُطُ ؛ لأَنَّهُ لمّا عَدَلَ عَنِ الشُّفْعةِ إِلىٰ العِوَضِ . . كانَ ذٰلكَ رِضاً بإِسقاطِها .

والثاني : لا تَسقُطُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ عدَلَ عَنِ الشُّفْعةِ إِلىٰ عِوَضٍ ، فإِذا لَمْ يَصِحَّ لهُ العِوَضُ . . رَجعَ إِلىٰ شُفعتِهِ ، كما لو باعَ لهُ عيناً بثَمَنٍ لا يَصِحُّ .

فرعٌ : [لا تتوقف المطالبة بالشقص علىٰ التسليم] :

قالَ الشافعيُّ : (وإِنْ كانَ بينَهما دارٌ بمكَّةَ ، فحصلا بمصرَ ، فباعَ **أَحدُهما** نصيبَهُ منها ، وعَلِمَ شريكُهُ ، فلقيَ الشَّفيعُ المشتريَ ، فَلمْ يَشفَعْ عليهِ حتّىٰ رَجعا إِلىٰ مكَّةَ ، فشَفَعَ عليهِ . . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ أَخَّرَ الأَخذَ مِنْ غيرِ عُذرٍ ، فإِنْ قالَ : إِنَّما أَخَّرتُ المطالبةَ لأَستيقنَ بقاءَ الدارِ ، ولأَقبِضَ الشِّقْصَ . . لَمْ يُقبَلْ منهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الأَصلَ بقاؤُها ، ولأَنَّ المطالبةَ بالشُّفْعةِ لا توقفُ علىٰ تسليمِ الشِّقْصِ) .

فرعٌ : [نقد دنانير لأَجل الشقص فكانت مستحقة] :

وإِنْ خَرجتِ الدنانيرُ التي دفعَها الشَّفيعُ مستَحقَّةً . . نَظرتَ :

فإِنْ شَفَعَ بدنانيرَ في ذمَّتهِ ، مِثلَ : أَنْ قالَ : أَخذتُ الشُّفْعةَ بالثَّمنِ الذي ٱشتريتَ بهِ ، أَو أَخذتُ الشِّقْصَ علىٰ الثَّمنِ الذي ٱشتريتَ بهِ ، ثُمَّ نَقَدَ الدنانيرَ إِلىٰ المشتري ، فبانَ أَنَّها مستَحقَّةٌ . . فقد ملَكَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ بالثَّمنِ الذي في ذمَّتهِ ، فإِذا ٱستُحِقَّ ما نَقَدَهُ . . لَمْ تَبطُلْ شُفْعتُهُ ، بَلْ يَلزَمُهُ أَنْ يَنقُدَ دنانيرَ يَملِكُها ، كما لوِ ٱشترىٰ عيناً بثَمنٍ في ذمَّتهِ ، ثُمَّ نَقَدَ عمّا في ذمَّتهِ بدنانيرَ ، فٱستُحِقَّتْ . . فإِنَّ الشراءَ لا يَبطُلُ .

وإِنْ شَفَعَ بعينِ الدنانيرِ ، مثلَ : أَنْ قالَ : أَخذتُ الشُّفْعةَ أَو الشِّقْصَ بهٰذهِ الدنانيرِ ، ثُمَّ ٱستُحِقَّتْ . . فهلْ تَبطُلُ شُفْعتُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَبطُلُ ؛ لأَنَّهُ لمّا أَخذَ الشُّفْعةَ بدنانيرَ لا يملِكُها صارَ كأَنَّهُ تركَ أَخْذَ الشِّقْصِ معَ القدرةِ عليها .

والثاني : لا تَبطُلُ ، وهوَ ظاهرُ ما نَقلَهُ المُزنيُّ ؛ لأنَّهُ ٱستَحَقَّ أَخذَ الشُّفْعةِ بمِثلِ الثَّمنِ[1] الذي وَقعَ بهِ العقدُ في ذمَّتهِ ، فإذا عيَّنَ عَنْ ذٰلكَ ما لا يَملِكُهُ . . بَطَلَ حكمُ التعيينِ ، ولَمْ تَبطُلِ الشُّفْعةُ ، كما لوِ ٱشترىٰ شيئاً بدنانيرَ في ذمَّتهِ ، ثُمَّ نَقَدَ عنها ما لا يَملِكُهُ .

فإنْ كانَ للشَّفيعِ عُذرٌ . . فالعُذرُ ثلاثةُ أَشياءَ : مرضٌ ، أَو حبسٌ ، أَو غيبةٌ .

فإنْ كانَ مرَضاً . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ مرضاً يسيراً كالصُّداعِ اليسيرِ ، وما أَشبهَهُ . . فحُكمُهُ حُكمُ الصحيحِ .

وإنْ كانَ مرَضاً كبيراً لا يتمكَّنُ معهُ مِنَ السَّيرِ ، فإنْ لَمْ يمكنْهُ التوكيلُ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ ؛ لأنَّهُ غيرُ قادرٍ علىٰ المطالبةِ ، وإنْ أَمكنَهُ التوكيلُ ، فلَمْ يوكِّلْ . . فهلْ تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّ شُفْعتَهُ تَسقُطُ[2] ؛ لأنَّهُ أَخَّرَ المطالبةَ معَ القدرةِ عليها ، فهوَ كالصحيحِ .

والثاني : لا تَسقُطُ شُفعتُهُ ؛ لأنَّهُ قدْ يكونُ لهُ غَرَضٌ بتركِ التوكيلِ ، بأَنْ يُطالِبَ بنفسهِ ؛ لأنَّهُ أَقومُ بذٰلكَ ، أو يخافَ الضررَ مِنَ التوكيلِ ، بأَنْ لا يوجَدَ مَنْ يتوكَّلُ لهُ إلاَّ بعِوَضٍ ، فإنْ وَجدَ بغيرِ عِوَضٍ . . ٱحتاجَ إلىٰ ٱلتزامِ منهُ ، أَو يخافَ أَنْ يُقِرَّ عليهِ الوكيلُ بما يُسقِطُ حقَّهُ ، ثُمَّ يُرفَعَ ذٰلكَ إلىٰ حاكمٍ يحكمُ بصحَّةِ إقرارِ الوكيلِ علىٰ الموكِّلِ .

والوجهُ الثالثُ : إنْ وَجدَ مَنْ يَتطوَّعُ بالوكالةِ بغيرِ عِوَضٍ ، فلَمْ يوكِّلْ . . سَقَطتْ[3] شفعتُهُ ؛ لأنَّهُ لا ضررَ عليهِ بذٰلكَ ، وإنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يتوكَّلْ عنهُ إلاَّ بعِوَضٍ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ بتركِ توكيلِهِ ؛ لأنَّ عليهِ ضرراً بذٰلكَ .

وإنْ عَلِمَ بالبيعِ وهوَ محبوسٌ ، فإنْ كانَ محبوساً بغيرِ حقٍّ ، بأَنْ حبسَهُ السلطانُ مصادرةً ليأخذَ منهُ شيئاً بغيرِ حقٍّ ، أَو حُبِسَ بدينٍ عليهِ ، وهوَ معسرٌ . . فحُكمُهُ حُكمُ

---

(١) في (م) : (بثمن المثل) .
(٢) في نسخة : (تبطل) .
(٣) في (م) : (بطلت) .

المريضِ : إِنْ لَمْ يَقدِرْ علىٰ التوكيلِ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ ، وإِنْ قَدَرَ علىٰ التوكيلِ ، فلَمْ يوكِّلْ . . فعلىٰ الأَوجهِ الثلاثةِ في المريضِ ، وإِنْ كانَ محبوساً بحقٍّ ، بأَنْ حُبِسَ بدينٍ عليهِ يَقدِرُ علىٰ أَدائِهِ ، فإِنْ وكَّلَ مَنْ يَطلُبُ بالشُّفْعةِ . . جازَ ، وإِنْ لَمْ يوكِّلْ . . بَطلَتْ شُفْعتُهُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ تركَ المطالبةَ معَ القدرةِ عليها .

وإِنْ عَجَزَ المريضُ أَوِ المحبوسُ بغيرِ حقٍّ عَنِ المطالبةِ بنفسِهِ ، وعَنِ التوكيلِ ـ إِذا قلنا : يجبُ عليهِ ـ إِلاَّ أَنَّهُ قَدَرَ علىٰ الإِشهادِ ، فَلَمْ يُشهِدْ . . فهلْ تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؟ فيهِ قولانِ ، حكاهُما في « المهذَّبِ » :

أَحدُهما : تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّ التركَ قدْ يكونُ للزُّهدِ في الشُّفْعةِ ، وقدْ يكونُ للعَجزِ ، وقد قَدَرَ علىٰ أَنْ يُبيِّنَ ذٰلكَ بالإِشهادِ ، فإِذا لَمْ يفعلْ . . بَطَلتْ شُفْعتُهُ .

والثاني : لا تَسقُطُ ؛ لأَنَّ عُذرَهُ في التركِ ظاهرٌ ، فَلَمْ يَحتجْ معَهُ إِلىٰ الإِشهادِ .

وإِنْ بلغَهُ البيعُ وهوَ غائبٌ في بلدٍ أَو سفرٍ ، فإِنْ سارَ عَقيبَ ذٰلكَ ، أَو وَكَّلَ مَنْ يُطالِبُ بالشُّفْعةِ ، وأَشهدَ : أَنَّهُ يسيرُ هوَ أَو وَكيلُهُ لطلبِ الشُّفْعةِ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يتركِ الطلبَ ، وإِنْ لَمْ يُمكنْهُ أَنْ يسيرَ بنفسِهِ ، ولا أَنْ يسيرَ وكيلُهُ ؛ لخوفِ الطريقِ ، أَو لعدمِ الرفيقِ ، وأَشهدَ : أَنَّهُ علىٰ شُفعتِهِ . . فهوَ علىٰ شُفعتِهِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُفرِّطٍ ، فإِنْ لَمْ يمكنْهُ المسيرُ ، وأَمكنَهُ التوكيلُ ، فَلَمْ يوكِّلْ . . فهلْ تَسقُطُ شُفعتُهُ ؟ علىٰ الأَوجهِ الثلاثةِ في المريضِ ، وإِنْ لَمْ يمكنْهُ السيرُ ، ولا التوكيلُ ـ إِذا قلنا : يجبُ ـ وقَدَرَ علىٰ الإِشهادِ ، فلَمْ يُشهِدْ : أَنَّهُ علىٰ حقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ . . فهلْ تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؟ علىٰ القولينِ اللَّذينِ حكاهُما في « المهذَّبِ » .

وإِنْ أَمكنَهُ السيرُ ، فسارَ . . فهلْ يَلزَمُهُ الإِشهادُ : أَنَّهُ يسيرُ لطلبِ الشُّفْعةِ ؟ فيهِ قولانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُهما : يَلزَمُهُ ذٰلكَ ، فإِنْ لَمْ يَفعلْ بطَلتْ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّهُ يُحتمَلُ أَنْ يكونَ سيرُهُ لطلبِ الشُّفْعةِ ، ويُحتمَلُ أَنْ يكونَ لتجارةٍ ، أَو غيرِها ، وقد قَدَرَ علىٰ أَنْ يُبيِّنَ ذٰلكَ بالإِشهادِ ، فإِذا لَمْ يَفعلْ . . كانَ مفرِّطاً .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّهُ لا يَلزَمُهُ ذٰلكَ ، ولا تَبطُلُ بهِ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِنْ

حالِهِ لمّا سارَ عَقيبَ السماعِ أَنَّهُ سارَ لطلَبِ الشُّفْعةِ ، ولأنَّ لهُ أَنْ يسيرَ بنفسِهِ ، ولهُ أَنْ يوكِّلَ ، ثمَّ ثبَتَ أَنَّهُ لو سَيَّرَ الوكيلَ . . لَمْ يَلزَمِ الوكيلَ الإشهادُ ، فكذٰلكَ الموكِّلُ .

قالَ المَحامليُّ : إذا قلنا : يجبُ الإشهادُ ، فٱختلفا ، فقالَ الشَّفيعُ : أَشهدتُ وسِرتُ ، وقالَ المشتري : لَمْ تُشهِدْ ، أَو قلنا : لا يجبُ الإشهادُ ، فقالَ الشَّفيعُ : سِرتُ عَقيبَ السماعِ ، وقالَ المشتري : لَمْ تَسِرْ عَقيبَ السماعِ . . فالقولُ قولُ الشَّفيعِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ هٰذا ٱختلافٌ في فعلِهِ ، وهوَ أَعلمُ بهِ .

فرعٌ : [عدم رفع الأمر للحاكم لا يثبت الشفعة] :

ذكرَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : أَنَّ أَبا العبّاسِ قالَ : إذا وَجبتْ لهُ الشُّفْعةُ ، فجاءَ إِلىٰ الحاكمِ ، وقالَ : أَنا مطالِبٌ بحَقِّي . . كانَ علىٰ شُفْعتِهِ وإِنْ كانَ متمكِّناً مِنَ المجيءِ إِلىٰ المشتري ، فإِنْ تركَ المجيءَ إِلىٰ الحاكمِ وإِلىٰ المشتري معَ تمكُّنِهِ منهما ، وأَشهدَ علىٰ نفسِهِ : أَنَّهُ يُطالِبُ بالشُّفْعةِ . . بَطَلتْ شُفْعتُهُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ تركَها معَ القُدرةِ عليها .

مسأَلةٌ : [اعتبار تصديق المخبر] :

إذا أَخَّرَ الشَّفيعُ المطالبةَ علىٰ الفورِ ، ثُمَّ قالَ : أَخَرتُ ؛ لأنِّي لَمْ أُصدِّقِ الذي أَخبرني بالبيعِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ قدْ أَخبرَهُ بذٰلكَ رجلانِ عَدلانِ ، أَو رجلٌ وٱمرأَتانِ عدولٌ ، أَو ما فوقَ ذٰلكَ . . سَقطتْ شُفعتُهُ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَخبرَهُ مَنْ قولُهُ حُجَّةٌ في الشرعِ .

وإِنْ أَخبرَهُ صبيٌّ ، أَو فاسقٌ ، أَو كافرٌ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ ؛ لأنَّ قولَ هٰؤلاءِ ليسَ بحُجَّةٍ في الشرعِ . وإِنْ أَخبرَهُ رجلٌ عدلٌ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَسقُطُ شُفعتُهُ ؛ لأنَّ قولَ الواحدِ لا تقومُ بهِ البيِّنةُ ، فهوَ كما لو أَخبرَهُ صبيٌّ أَو فاسقٌ .

والثاني : تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؛ لأنَّ قولَ الواحدِ حجَّةٌ في الشرعِ معَ اليمينِ .

وإِنْ أَخبرَهُ عبدٌ أَوِ ٱمرأَةٌ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » : أَنّها علىٰ وجهينِ ، كالحرِّ العدلِ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّهُ لا تَسقُطُ شُفْعتُهُ ، وجهاً واحداً ، كالصبيِّ ، والفاسقِ .

مسأَلةٌ : [إظهار غلاء الشقص ليترك الشفعة] :

إِذا أَظهرَ المشتري أَنَّهُ ٱشترىٰ الشِّقْصَ بأَلفِ درهَمٍ ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ بدونِ أَلفِ درهَمٍ . . فهو علىٰ شُفْعتِهِ ؛ لأَنَّهُ يُحتمَلُ أَنْ يكونَ تركَ الشُّفْعةَ ؛ لأَجلِ غلاءِ الشِّقْصِ ، أَو لأَنَّهُ لا يَقدِرُ علىٰ الأَلفِ ، فإِذا بانَ أَنَّ الثَّمنَ دونَهُ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ .

وهٰكذا : لو قالَ : ٱشتريتُ رُبُعَ الدارِ بمِئةٍ فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ نِصفَها بمئةٍ . . فهو علىٰ شُفعتِهِ ؛ لأَنَّهُ قد لا يرضىٰ برُبُعِ الدارِ بمئةٍ ، ويرضىٰ نِصفَها بمئةٍ ، وإِنْ قالَ : ٱشتريتُ الشِّقْصَ بمئةٍ ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشتراهُ بأَلفٍ ، أَو قالَ : ٱشتريتُ الشِّقْصَ بمئةٍ ، فعَفا الشَّفيعُ ، فبانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ نِصفَهُ بمئةٍ . . سَقَطتْ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّ ما بانَ أَغلظُ علىٰ الشَّفيعِ ممّا أَظهرَ لهُ المشتري .

وإِنْ قالَ : ٱشتريتُ الشِّقْصَ بالدراهمِ ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشتراهُ بالدنانيرِ ، أَو قالَ : ٱشتريتُ بالدنانيرِ ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشتراهُ بالدراهمِ . . فهو علىٰ شُفْعتِهِ ، سواءٌ كانتْ قيمةُ ما ٱشترىٰ بهِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ ما أَظهرَ الشراءَ بهِ أَو أَقلَّ ، وبهِ قالَ زُفَرُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : (إِنْ كانتْ قيمتُها سواءً ، أَو قيمةُ ما بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ بهِ أَكثرَ . . سَقَطتْ شُفْعتُهُ ، وإِنْ كانَ قيمةُ ما أَظهرَ أَكثرَ مِمّا بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ بهِ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ قدْ يكونُ لهُ غَرَضٌ في ذٰلكَ ، وهو أَنَّهُ لا يَملِكُ ما أَظهرَ الشِّراءَ بهِ .

وإِنْ أَظهرَ المشتري أَنَّهُ ٱشترىٰ نِصفَ الدارِ بمئةٍ ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ رُبْعَها بخمسينَ ، أَو أَظهرَ أَنَّهُ ٱشترىٰ الرُّبُعَ بخمسينَ ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ نِصفَ الدارِ بمئةٍ . . لَمْ تَسقُطْ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّهُ قد يكونُ لهُ غَرَضٌ في أَخذِ القليلِ دونَ الكثيرِ ، أَو في أَخذِ الكثيرِ دونَ القليلِ .

فرعٌ : [إظهار الشراء لنفسه أو لغيره] :

وإنْ قالَ المشتري : ٱشتريتُ الشِّقْصَ لنفسي ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشتراهُ لغيرِهِ ، أَو قالَ : ٱشتريتُهُ لغيري ، فعَفا الشَّفيعُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ ٱشتراهُ لنفسِهِ . . لَمْ تَبطُلْ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّهُ قدْ يَرضىٰ مشاركةَ أَحدِ الرجلينِ ، ولا يَرضىٰ مشاركةَ الآخَرِ .

وإنِ ٱشترىٰ الشِّقْصَ ٱثنانِ ، فبلَغَ الشَّفيعَ أَنَّهُ ٱشتراهُ أَحدُهما ، فعَفا ، ثُمَّ بانَ أَنَّهما ٱشترياهُ . . قالَ أَبو العبّاسِ : فلهُ أَنْ يأخذَ منهما ، أَو منْ واحدٍ منهما ، ويتركَ الآخَرَ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما تركَ الشُّفْعةَ لأَحدِهما علىٰ أَنَّهُ ٱشترىٰ الجميعَ ، فإذا بانَ أَنَّهُ ٱشترىٰ البعضَ . . ثَبتَتْ لهُ الشُّفْعةُ عليهِ ، وأَمّا الآخَرُ : فلَمْ يَترُكْ لهُ الشُّفْعةَ .

فرعٌ : [العفو عن الشفعة] :

قالَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : وإذا عَفا الشَّفيعُ عنِ الشُّفْعةِ ، بأَنْ قالَ : عفوتُ عَنِ الشِّقْصِ ، أَو سلَّمتُهُ ، أَو نَزَلتُ عنهُ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ في « ٱختلافِ العراقيِّينَ » : (لهُ الخيارُ ما لَمْ يُفارِقْ مَجلِسَهُ ؛ لأَنَّ هٰذا يجري مَجرىٰ البيعِ ، فثبَتَ فيهِ خيارُ المجلِسِ ، كالبيعِ) . وخرَّجَ أَبو العبّاسِ قولاً آخَرَ : أَنَّهُ لا خيارَ لهُ ، كما لا يثبُتُ لهُ في الإِبراءِ[1] والإِسقاطِ خيارٌ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإذا وَجبتْ لهُ الشُّفْعةُ ، وقضىٰ بها القاضي ، والشِّقْصُ في يدِ البائعِ ، فدفعَ الثَّمنَ إِلىٰ المشتري ، فقالَ البائعُ للشَّفيعِ : أَقِلني ، فأَقالَهُ . . لَمْ تَصِحَّ الإِقالَةُ ؛ لأَنَّ الإِقالَةَ تَصِحُّ بينَ المتبايعينِ ، وليسَ الشَّفيعُ مالكاً مِنْ جهتِهِ ، فإنْ باعَهُ منهُ قَبلَ القبضِ . . لَمْ يَصِحَّ ، كما لا يَصِحُّ أَنْ يبيعَ ما ٱبتاعَ قَبلَ القبضِ .

---

(١) الإبراء ، يقال : برىء يبرأ براءة : إسقاط الطلب عنه . وبَرِىء منه ، مثلُ : سَلِمَ وزناً ومعنىً ، فهو بريء .

مسألَةٌ : [باعَ أحد الشريكين الدار ، ولم يَعلم الآخر وباع نصيبه] :

وإنْ كانتِ الدارُ بينَ رجلينِ ، فباعَ أَحدُهما نَصيبَهُ فيها . . ثَبتَ لشريكِهِ فيهِ الشُّفْعةُ ، فإنْ باعَ الشَّفيعُ نصيبَهُ فيها قبلَ أَنْ يَعلمَ بالشراءِ . . فهلْ تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَسقطُ شُفْعتُهُ منها ؛ لأَنَّهُ ٱستَحقَّ الشُّفْعةَ ببيعِ شريكِهِ ، ومِلكُهُ حينئذٍ باقٍ علىٰ الشِّقْصِ ، فلَمْ تَسقطْ شُفْعتُهُ بزوالِ مِلْكهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبّاسِ ـ : أَنَّ شُفْعتَهُ تَسقُطُ ؛ لأَنَّ سببَ ٱستحقاقهِ للشُّفْعةِ وجودُ مِلكِهِ ، وقدْ زالَ مِلكُهُ ، فوجبَ أن يسقطَ استحقاقُهُ للشفعةِ .

فإذا قلنا بهٰذا : فباعَ الشَّفيعُ بعضَ حقِّهِ . . ففيهِ وجهانِ ، خرَّجهما أَبو العبّاسِ :

أَحدُهما : لا تَسقطُ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّ الشُّفْعةَ تُستحَقُّ بقليلِ الملكِ وكثيرِه ، وقد بقيَ لهُ مِلكٌ ، فٱستحقَّ بهِ الشُّفْعةَ ، كما لو بِيعَ شيءٌ مِنْ مِلكِهِ .

والثاني : تَسقُطُ شُفْعتُهُ ؛ لأَنَّ الشُّفْعةَ يَستحِقُّها بجميعِ مِلكِهِ ، فإذا باعَ بعضَهُ . . سَقطَ ما يقابلهُ ، فإذا سَقطَ البعضُ . . سَقطَ الجميعُ ، كما لو عَفا عَنْ بعضِ شُفْعتِهِ .

مسأَلةٌ : [أخذ بعض الشفعة] :

وإنْ وَجبتْ لهُ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ ، فأَرادَ أَنْ يأخذَ بعضَهُ . . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ تفريقاً للصَّفْقةِ علىٰ المشتري ، فإنْ قالَ : عفوتُ عَنْ أَخذِ نِصفِ الشِّقْصِ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣١٩] :

أَحدُها ـ وهوَ قولُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا ـ : أَنَّ شُفْعتَهُ تَسقُطُ في الجميعِ ، كما لو عَفا عَن بعضِ حقِّهِ مِنَ القِصاصِ .

والثاني : لا يَسقُطُ شيءٌ مِنْ شُفْعتِهِ .

والثالثُ : يَسقُطُ حقُّهُ مِنْ نِصفِ الشِّقْصِ ، ولهُ أَخذُ الباقِي إذا رضيَ المشتري بذٰلكَ .

فرعٌ : [شراء شقصين من أرضين] :

وإنِ ٱشترىٰ رجلٌ شِقْصينِ مِنْ أَرضينِ بعقدٍ مِنْ رجلٍ ، فإنْ كانَ لكلِّ شِقْصٍ شفيعٌ . . فكلُّ واحدٍ مِنَ الشَّفيعينِ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ شِقْصَهُ بالشُّفْعةِ ، وبينَ أَنْ لا يأخذَ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لا يَملِكُ أَنْ يأخذَ ما في غيرِ شَرِكتِهِ ، فإنْ كانَ الشَّفيعُ فيهما واحداً . . فهوَ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يأخذَهما جميعاً ، أَو يتركَهما جميعاً ، فإنْ أَرادَ أَنْ يأخذَ أَحدَهما دونَ الآخرِ . . فهلْ لهُ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يُبعِّضُ ما وَجبَ لهُ ، فَلَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ، كما لو ثبَتَتْ لهُ الشُّفْعةُ في شِقْصٍ ، فأَرادَ أَنْ يأخذَ بعضَهُ ، ويَترُكَ بعضَهُ .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّهُ لا ضَررَ علىٰ المشتري بذٰلكَ ؛ لأَنَّ الشِّقْصَ الآخَرَ يبقىٰ لهُ ، ولا تبعيضَ عليهِ بالشِّقْصِ .

فإنْ كانتِ الدارُ بينَ رجلينِ ، فباعَ أَحدُهما نصيبَهُ مِنْ رجلينِ بعقدٍ واحدٍ . . فالشَّفيعُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ ما حصلَ للمشترِيَينِ ، وبينَ أَنْ يأخذَ ما حصلَ لأَحدِهما دونَ الآخَرِ ؛ لأنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ في حُكمِ العقدينِ .

وإنْ كانتِ الدارُ بينَ ثلاثةِ شُركاءَ ، فباعَ ٱثنانِ نصيبَهما مِنْ رجلٍ . . فللشريكِ الثالثِ أَنْ يأخذَ مِنَ المشتري جميعَ ما ٱشتراهُ مِنْ شريكيْهِ ، ولهُ أَنْ يأخذَ منهُ ما ٱشتراهُ مِنْ أَحدِهما دونَ الآخَرِ ؛ لِمَا ذكرناهُ مِنْ : أَنَّ حُكمَ عقدِ الواحدِ معَ الاثنينِ في حُكمِ العقدينِ .

وإنْ كانتِ الدارُ بينَ ثلاثةِ شركاءَ فباعَ ٱثنانِ نصيبَهما مِنَ ٱثنينِ ، كلُّ واحدٍ باعَ نصيبَهُ منهما بعقدٍ أَو عقدينِ . . فهٰذا في حُكمِ أَربعةِ عقودٍ ، والشَّفيعُ في ذٰلكَ بينَ ستِّ ٱختياراتٍ ، إنْ شاءَ . . أَخذَ ما حصَلَ للمشترِيَينِ . وإنْ شاءَ . . تركهُما . وإنْ شاءَ . . أَخذَ ما حصَلَ لأَحدِهما ، وتركَ الآخَرَ . وإنْ شاءَ . . أَخذَ نِصفَ ما حصَلَ لكلِّ واحدٍ منهما . وإنْ شاءَ . . أَخذَ ما حصَلَ لأحدهما ونصفَ ما حصلَ للآخَرِ . وإنْ شاءَ . . أَخذَ نِصفَ ما حصَلَ لأَحدِهما ، ولَمْ يأخُذْ مِنَ الآخَرِ شيئاً .

فرعٌ : [بيعُ أَحدِ الشريكينِ نصيبَهُ مِنْ رجلٍ بعقدينِ قَبلَ علمِ الشَّفيعِ] :

وإِنْ كانتِ الدارُ بينَ رجلينِ ، فباعَ أَحدُهما بعضَ نَصيبِهِ مِنْ رجلٍ بعَقدٍ ، ثُمَّ باعَ منهُ الباقي بعَقدٍ آخَرَ ، ثُمَّ عَلِمَ شريكُهُ . . فللشَّفيعِ أَنْ يأخذَ المبيعَ أَوّلاً وثانياً . ولهُ أَنْ يأخذَ أَحدَهما دونَ الآخَرِ ؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ مِنَ العَقدينِ حُكمَ نفسِهِ[1] ، فإِنْ أَخذَ الأَوّلَ . . لَمْ يكنْ للمشتري أَنْ يشاركَهُ فيهِ ؛ لأنَّ الشَّفيعَ ٱستحَقَّ الشُّفعةَ في الأَوّلِ قَبلَ وجودِ مِلكِهِ للثاني . وإِنْ عفا عَنِ الأَوّلِ ، وأَخذَ الثانيَ . . كانَ للمُشتري أَنْ يشارِكَ الشَّفيعَ في الثاني ؛ لأنَّهما شفيعانِ عندَ شراءِ الثاني .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (ليسَ للشَّفيعِ أَنْ يأخذَ جميعَ النصيبَينِ المبيعَينِ ، وإِنَّما لهُ أَنْ يأخذَ الأَوَّلَ ، ونِصفَ الثاني) .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وحُكيَ هٰذا عَنْ بعضِ أَصحابِنا ، **ووجهُهُ** : أَنَّ مِلكَهُ ثبَتَ علىٰ الأَوّلِ ، فإِذا ٱشترىٰ الثاني . . كانَ شريكاً بالنصيبِ الثاني .

ودليلُنا : أَنَّ مِلكَهُ علىٰ الأَوّلِ لَمْ يَستقِرَّ ؛ لأنَّ للشَّفيعِ أَخذَهُ ، فلا يَستحِقُّ بهِ الشُّفعةَ ، كما لو ٱرتهَنَ بعضَهُ ، وٱشترىٰ الباقي .

وإِنْ كانتِ الدارُ بينَ رجلينِ ، فباعَ أَحدُهما نصيبَهُ مِنْ ثلاثةِ رجالٍ صَفْقةً واحدةً . . كانَ في حُكمِ ثلاثةِ عقودٍ ، فلشريكِهِ أَنْ يأخذَ مِنَ الثلاثةِ ، ولهُ أَنْ يأخذَ مِنَ ٱثنينِ أَو مِنْ واحدٍ ، وليسَ لأَحدِ الثلاثةِ إِذا عفا الشَّفيعُ عَنِ الأَخذِ منهُ أَنْ يشارِكَهُ في الشُّفْعةِ فيما يأخذُ مِنَ الآخَرَيْنِ ؛ لأنَّ مِلكَهُ لَمْ يَسبِقْ مِلكَ المشفوعِ عليهما ، وإِنْ باعَ أَحدُ الرجلينِ نصيبَهُ مِنْ ثلاثةِ رجالٍ في ثلاثةِ عقودٍ عقداً بعدَ عقدٍ . . فللشفيعِ أَنْ يأخذَ نصيبَ جميعِ المشترِيْنَ ، ولهُ أَنْ يأخذَ مِنْ بعضِهِمْ ، فإِنْ أَخذَ مِنَ الأَوّلِ ، وعفا عَنِ الآخَرَيْنِ . . لَمْ يشارِكاهُ ؛ لأنَّ مِلكَهما حادثٌ بعدَ ثبوتِ الشُّفْعةِ ، وإِنْ عفا عَنِ الأَوّلِ ، وأَخذَ مِنَ الآخَرَيْنِ . . شارَكَهُ الأَوّلُ ، وكذٰلكَ : إِنْ عفا عَنِ الأَوّلِ والثاني ، وأَخذَ مِنَ الثالثِ . . شارَكَهُ الأَوّلُ والثاني في الثالثِ ، وكذٰلكَ : لو عفا عَنِ الثلاثةِ . . كانَ للأَوّلِ أَنْ يأخذَ

---

(١) في نسخة : (لأن كل واحد من العقدين له حكم بنفسه) .

مِنَ الثاني والثالثِ ، وإِنْ عفا الأَوَّلُ عَنِ الثاني . . كانَ للأَوَّلِ والثاني أَنْ يأخذا مِنَ الثالثِ .

مسأَلةٌ : [وجودُ أكثرَ مِنْ شفيعٍ للشِّقصِ] :

وإِنْ كانَ للشِّقْصِ شفعاءُ . . كانتِ الشُّفْعةُ لجميعِهم ؛ لقولِهِ ﷺ : « فإِنْ باعَ ، ولمْ يؤذِنْ شريكَهُ . . فشريكُه أَحقُّ بهِ بالثمنِ » . وكُلُّ واحدٍ مِنْهُمْ شَريكٌ .

وإِنْ كانتْ أَنصباءُ الشُّفعاءِ متساويةً . . قُسِمَ الشِّقْصُ المبيعُ بينَهمْ بالسَّويَّةِ ، وإِنْ تفاضلتْ أَنصباؤُهمْ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ يُقسَمُ بينَهم علىٰ عددِ الرؤوسِ ، وبهِ قالَ الشَّعبيُّ ، والنَّخعيُّ ، والثوريُّ ، وآبنُ أَبي ليلىٰ ، وآبنُ شُبرُمَةَ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ ، وآختارَهُ المزنيُّ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهمْ لوِ آنفردَ بالشرِكَةِ . . لأَخذَ الجميعَ وإِنْ قلَّ نصيبُهُ ، وإِنِ آشتركوا . . تساوَوا في الأَخذِ ، كالاثنينِ في الميراثِ ، ولأَنَّ الشُّفْعةَ لو كانتْ تُستَحَقُّ علىٰ قدرِ المِلكِ . . لوجبَ أَنْ يأخذَ بقَدرِ المِلكِ حتّىٰ لو كانَ لرجلٍ خمسةُ أَسداسِ دارٍ ، ولرجلٍ سُدُسُها ، ثُمَّ باعَ صاحبُ الخمسةِ الأَسداسِ نصيبَهُ . . لَمْ يَستحِقَّ صاحبُ السُّدُسِ غيرَ سُدُسِ ما بيعَ بقَدرِ مِلكِهِ ، وهٰذا لا يقولُهُ أَحدٌ ، فثبَتَ أَنَّها تُستَحَقُّ علىٰ العددِ لا علىٰ قَدرِ المِلكِ ، ولأَنَّهُ لو كانَ عبدٌ بينَ ثلاثةٍ ، لواحدٍ النِّصفُ ، وللآخَرِ الثلُثُ ، وللآخَرِ السدُسُ ، فأَعتقَ صاحبُ النِّصفِ والسدُسِ نصيبَهما في حالةٍ واحدةٍ . . لقُوِّمَ الثلُثُ عليهما بالسويَّةِ ، فكذٰلكَ هاهُنا مِثلُهُ .

والقولُ الثاني : أَنَّ الشُّفْعةَ تُقسَمُ علىٰ قَدرِ المِلكِ ، وبهِ قالَ الحسنُ البصريُّ ، وآبنُ المسيِّبِ ، وعطاءٌ ، ومالكٌ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ حقٌّ مستفادٌ بالمِلكِ ، فقُسِّطَ علىٰ قدرِ المِلكِ ، كغَلَّةِ العبدِ ، وثَمرةِ النخلةِ ، وما قالَهُ الأَوَّلُ . . مُنتقِضٌ بالفُرسانِ والرَّجَّالةِ[1]

---

(١) **الرَّاجل** : خلاف الفارس ، يجمع علىٰ : رَجْلٍ ورَجَّالة ورُجَّالٍ ورِجَالٍ .

في الغنيمةِ ، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهمْ لوِ ٱنفردَ بالغنيمةِ . . لاستحقَّ جميعَها ، فإذا ٱشتركوا . . تفاضلوا .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ حضرَ جميعُ الشُّفعاءِ ، وٱختاروا الأَخذَ . . فلا كلامَ ، وإنْ عفا بعضُهمْ عَنْ حقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ . . كانَ جميعُ الشِّقْصِ لِمَنْ لَمْ يعفُ ، فإنْ أَرادَ مَنْ لَمْ يعفُ أَنْ يأخُذَ بقَدرِ نصيبِهِ . . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تبعيضَ الصَّفْقةِ علىٰ المشتري ، وإضراراً به ، فَلَمْ يَجُزْ . وإنْ قالَ بعضُهمْ : جعلتُ حقِّي مِنَ الشُّفْعةِ لفلانٍ . . سقَطَ حقُّهُ مِنَ الشُّفْعةِ ، وكانَ لباقي الشُّفعاءِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ عفوٌ ، وليسَ بهبةٍ .

فرعٌ : [بيعُ أَحدِ الشركاءِ نصيبَهُ مِنْ أَجنبيٍّ ثم حضرَ الشُّفعاءُ تباعاً] :

فإنْ كانتِ الدارُ بينَ أَربعةِ أَنفُسٍ ، فباعَ أَحدُهمْ نصيبَهُ مِنْ أَجنبيٍّ ، وحضَرَ أَحدُ الشُّفَعاءِ الثلاثةِ . . فلَهُ أَخذُ جميعِ الشِّقْصِ ؛ لأنَّ في أَخذِهِ البعضَ إِضراراً بالمشتري ، ولأنَّ الظاهرَ أَنَّهُ لا شفيعَ للشِّقْصِ غيرُهُ ؛ لأنَّ الآخَرَينِ لا يُعلَمُ هلْ يطالبانِ بالشُّفْعةِ ، أَمْ لا ؟ فإذا قَدِمَ الشَّفيعُ الثاني . . أَخذَ مِنَ الأَوَّلِ نِصفَ الشِّقْصِ ؛ لأنَّهُ ليسَ هاهُنا شفيعٌ مطالبٌ سواهُما ، فإذا قَدِمَ الثالثُ . . أَخَذَ مِنْ كلِّ واحدٍ مِنَ الأَوَّلينِ ثلُثَ ما بيدِهِ مِنَ الشِّقْصِ المبيعِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ قدرُ ما يَستحِقُّهُ كلُّ واحدٍ منهمْ عندَ الاجتماعِ ، فإنْ عفا الشفيعانِ الآخرانِ . . ٱستقرَّ مِلكُ الأَوَّلِ علىٰ مِلكِ جميعِ الشِّقْصِ ، فإنْ قالَ الشَّفيعُ الأَوَّلُ : لا آخذُ جميعَ الشِّقْصِ ، وإنَّما آخذُ منهُ الثلُثَ . . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تبعيضَ الصَّفْقةِ علىٰ المشتري ، وهلْ تبطُلُ شُفْعتُهُ بذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو عليِّ بنُ أَبي هريرةَ : تبطُلُ شُفْعتُهُ ؛ لأنَّهُ أَمكنَهُ أَخذُ الجميعِ ، فإذا لَمْ يفعَلْ . . بطَلَتْ شُفْعتُهُ ، كما لو وَجَبتْ لهُ الشُّفْعةُ وَحدَهُ في شِقْصٍ ، فقالَ : لا آخذُ إلاَّ بعضَهُ .

فعلىٰ هٰذا : إذا قَدِمَ الشفيعانِ الآخَرانِ ، فإنِ ٱختارا أَخْذَ جميعِ الشِّقْصِ . . كانَ لهما ذٰلكَ ، وإنِ ٱختارا التركَ . . سقَطتْ شُفْعةُ الجميعِ ، فإنِ ٱختارَ أَحدُهما أَخذَ جميعِ الشِّقْصِ ، وٱختارَ الآخَرُ التركَ . . كانَ لهما ذٰلكَ .

والوجهُ الثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبّاسِ ، وأَبي إسحاقَ ـ : أَنَّ شُفْعةَ الأَوَّلِ لا تبطُلُ ،

وهوَ الصحيحُ ؛ لأنَّ لهُ عُذراً في تركِ أَخذِ الجميعِ ، وهوَ أَنْ لا يأخذَ ما يُؤخَذُ منهُ[١] ، فَلَمْ تسقُطْ بذٰلكَ شُفْعتُهُ ، كما لو أَظهرَ لهُ المشتري أَنَّ الثَّمنَ كثيرٌ ، فترَكَ الأَخذَ ، ثُمَّ بانَ لهُ أَنَّ الثَّمنَ دونَهُ . . فإِنَّ شُفْعتَهُ لا تبطُلُ ؛ لأَنَّهُ أَخَّرَ الأَخذَ لعذرٍ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا قَدِمَ الشفيعانِ الآخَرانِ ، وطالبا بالشُّفْعةِ . . قُسِمَ الشِّقْصُ بينَهما أَثلاثاً ، فإِنْ عفَوا عَنِ الشُّفْعةِ . . فهلْ للأَوَّلِ أَنْ يأخذَ نصيبَيهما ؟

قالَ أَبو إِسحاقَ : يُنظَرُ في الأَوَّلِ ، فإِنْ قالَ : أَنا مطالبٌ بالشُّفْعةِ في الكلِّ ، ولٰكنْ إِنَّما آخُذُ حِصَّتِيَ ، وأَتوقَّفُ في حِصَّةِ شريكي ؛ لأَنظُرَ ما يكونُ منهما . . فلَهُ أَخذُ نصيبَيهما ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَعفُ عَنِ الشُّفْعةِ . وإِنْ قالَ : لا أُطالبُ إِلاَّ بحِصَّتي ، وقدْ عفوتُ عمّا زادَ عَنْ ذٰلكَ . . بطَلَتْ شُفْعتُهُ في نصيبِ شريكيهِ ، وهو ثُلُثا الشِّقْصِ ، ولهُ أَخذُ ثلُثِ الشِّقْصِ لا غيرَ .

فإِنْ أَخَذَ الشَّفيعُ الأَوَّلُ جميعَ الشِّقْصِ مِنَ المشتري ، ثُمَّ قَدِمَ الشَّفيعُ الثاني . . فقدْ قلنا : إِنَّهُ إِذا ٱختارَ الشُّفْعةَ . . أَخَذَ نِصفَ الشِّقْصِ مِنَ الأَوَّلِ ، وإِنْ لَمْ يَختَرْ ذٰلكَ ، ولٰكنْ قالَ : لا آخذُ إِلاَّ ثُلُثَ الشِّقْصِ . . فذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّ أَبا العبّاسِ قالَ : لهُ ذٰلكَ إِذا رضيَ الشَّفيعُ الأَوَّلُ ؛ لأَنَّهُ يتركُ بعضَ حقِّهِ ، ولا يُشبِهُ هٰذا الشَّفيعَ الأَوَّلَ ؛ لأَنَّ في أَخْذِهِ لبعضِ الشِّقْصِ تبعيضاً للصَّفْقةِ علىٰ المشتري . وأَمّا ٱبنُ الصبّاغِ : فَلَمْ يُحكَ عنهُ رضا الشَّفيعِ الأَوَّلِ . قالَ : وفي ذٰلكَ نظرٌ ؛ لأَنَّهُ يريدُ أَنْ يأخذَ بعضَ ما يخُصُّهُ ، وليسَ لهُ ذٰلكَ .

إِذا ثبَتَ هٰذا : فإِنْ أَخذَ الثاني ثلُثَ الشِّقْصِ مِنَ الأَوَّلِ ، وهو سهمانِ مِنْ ستَّةِ أَسهمٍ[٢] ، ثُمَّ قَدِمَ الشَّفيعُ الثالثُ . . فإِنَّهُ يأخُذُ مِنَ الشَّفيعِ الثاني ثلُثَ ما أَخَذَ مِنَ الأَوَّلِ ، وهو ثُلُثا سَهمٍ مِنْ ستَّةٍ مِنَ الشِّقْصِ[٣] ؛ لأَنَّهُ يَستحِقُّ ثُلُثَ ما أَخَذهُ مِنَ الشِّقْصِ ، فلا يسقُطُ حقُّهُ منهُ بما تَرَكَهُ في يدِ الأَوَّلِ ، ثُمَّ يَضُمُّ ما أَخَذهُ الثالثُ مِنَ الثاني

---

(١) في (م) : (أن لا يأخذ منه ما يؤخذ) . والمراد : أنه لا تسقط بذٰلك شفعته بشفعة الآخرين إذا حضروا .

(٢) وهما سُدُسان : $\frac{٢}{٦} = \frac{١}{٣}$ أي : ثلثاً واحداً .

(٣) ويعادلان : $\frac{٢}{١٨}$ أي اثنان من ثمانية عشر ، وتساوي بالاختصار : $\frac{١}{٩}$ تُسعاً .

إِلىٰ ما بقيَ في يدِ الأَوَّلِ مِنَ الشِّقْصِ ، وذٰلكَ كلُّهُ أَربعةُ أَسهمٍ وثُلُثا سهمٍ[1] ، فيُقَسمُ ذٰلكَ بينَهما نِصفينِ ، لكلِّ واحدٍ منهما سهمانِ وثلثٌ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ووجهُ ذٰلكَ عندي : أَنَّ الشَّفيعَ الثالثَ يَستحِقُّ أَنْ يأخذَ مِنْ كلِّ واحدٍ مِنَ الأَوَّلينِ ثُلُثَ ما بيدِهِ مِنَ الشِّقْصِ ، وقد أَخَذَ مِنَ الثاني ثُلُثَ ما بيدِهِ منهُ ، وهوَ ثُلُثا سهمٍ[2] ، وقد بقيَ في يدِ الأَوَّلِ مِنَ الشِّقْصِ أَربعةُ أَسهمٍ ، فثلاثةٌ منها هي التي يَستقِرُّ مِلكُهُ عليها بعدَ قدومِ الثاني ، إِذ لو أَخَذَ الثاني جميعَ ما يَستحِقُّهُ علىٰ الأَوَّلِ . . لأَخَذَ ثلاثةَ أَسهمٍ ، وبقيَ معَ الأَوَّلِ ثلاثةٌ ، فللثالثِ ثُلُثُ الثلاثةِ ، وهوَ سهمٌ ، وأَمّا السهمُ الرابعُ الذي سامحَ بهِ الأَوَّلَ . . فإِنَّ الثالثَ كانَ يَستحِقُّ أَخذَ ثُلُثِهِ مِنَ الثاني لو أَخذَهُ ، فإِذا لَمْ يأخذْهُ الثاني . . كانَ للثالثِ أَنْ يأخذَ ثُلُثَهُ حيثُ وَجَدَهُ ، ويبقىٰ في يدِ الأَوَّلِ ثُلُثا السهمِ الرابعِ [الذي][3] سامحهُ بهِ الثاني ، ويأَخذُ الثالثُ نِصفَ ذٰلكَ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : ووجهُ ذٰلكَ عندي : أَنَّ الثالثَ يقولُ للأَوَّلِ : نحنُ سواءٌ في الاستحقاقِ ، ولَمْ يتركْ واحدٌ منّا شيئاً مِنْ حقِّهِ ، فنجمعُ ما معنا ، ونَقسِمهُ .

إِذا تقرَّرَ هٰذا : فالشِّقْصُ المأخوذُ بالشُّفْعةِ ، وهوَ ستَّةُ أَسهمٍ تُضرَبُ في ثلاثةٍ ، فذٰلكَ ثمانيةَ عشرَ سهماً للقادمِ الأَوَّلِ سهمٌ وثلثٌ ، في ثلاثةٍ : فذٰلكَ أَربعةٌ ، وللقادمِ الثاني سهمانِ وثلثٌ ، في ثلاثةٍ : فذٰلكَ سبعةٌ ، وللشفيعِ الأَوَّلِ سبعةٌ[4] .

---

(١) فيكون ما أخذه الثالث من الثاني ثلثا سهم ، وما يأخذه الأَول : أربعة أسداس ، وأصل المسألة من ستة ، فيكون مجموعهما : أربعة أسداس وثلثا سهم ، $\frac{٤}{٦}$ و $\frac{٢}{٣}$ سهم ، يُقسم بينهما نصفين ، فيكون نصيب كلٍّ من الثالث والأَول هو $٢\frac{١}{٣}$ سهماً .

(٢) أي : من السدس ؛ لأن أصل المسألة هو : ستة .

(٣) زيادة يقتضيها النص ، والله أعلم .

(٤) صورة المسألة : أنَّ القادم الأَول هو الشفيع الثاني ، فيأخذ مثل ما أخذ الشفيع الأَول بعد طرح ما أخذه الشفيع الثالث من الثاني ، وهو $\frac{٢}{٦}$ ـ ٢/(٣×٦) ، فنوحد المخارج = $\frac{٢}{٦}$ ـ $\frac{٢}{١٨}$ ، أي : $\frac{٦}{١٨}$ ـ $\frac{٢}{١٨}$ = $\frac{٤}{١٨}$. فتكون الحصة أربعة من ثمانية عشر ، وتعادل : سهماً وثلثاً من ستة أيضاً .

وحصة الشفيع الثالث من القادم الثاني ـ وهو الشفيعُ الأَوَّلُ ـ هي :

$٢\frac{١}{٣}$ / ٦ = ٧/(٦ × ٣) أي : $\frac{٧}{١٨}$ وهو أيضاً نصيب الشفيع الأَول ، فيكون الحاصل=

قالَ أَبو العبّاسِ : فإنْ كانَ هناكَ شفيعٌ رابعٌ ، والمسأَلةُ بحالِها ، فقَدِمَ الرابعُ . . فإنَّهُ يأخذُ مِنَ الشَّفيعِ الثاني رُبُعَ ما بيدِهِ مِنَ الشِّقْصِ ، وهوَ سهمٌ مِنْ أَربعةِ أَسهمٍ ، ثُمَّ يَضمُّهُ إلىٰ ما حصَلَ للأَوّلِ والثالثِ ، وهوَ أَربعةَ عشَرَ ، فيصيرُ خمسةَ عشَرَ سهماً ، ويُقسَمُ ذٰلكَ بينَهمْ أَثلاثاً ، لكلِّ واحدٍ خمسةُ أَسهمٍ[١] .

فإنْ قَدِمَ الرابعُ ، ولَمْ يَجِدْ غيرَ الشَّفيعِ الذي حصلَ لهُ أَربعةُ أَسهمٍ . . قالَ أَبو العبّاسِ : فيَحتمِلُ وجهينِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ يأخذُ نِصفَ ما حصَلَ لهُ ؛ لأَنَّهُ يقولُ : لستُ أَجِدُ شفيعاً سواكَ ، فأَنا وأَنتَ شفيعانِ بِما حصَلَ بيننا ، فٱقتسمناهُ نِصفينِ[٢] .

والثاني : يأخذُ رُبُعَ ما حصَلَ لهُ ؛ لأَنَّهم أَربعةُ شُفَعاءَ ، فٱستحَقَّ أَنْ يأخذَ مِنْ كلِّ واحدٍ رُبُعَ ما حصَلَ لهُ[٣] .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإنْ قَدِمَ الشَّفيعُ الثالثُ ، ووَجدَ أَحدَ الشفيعينِ الأَوّلينِ حاضراً ، والآخَرَ غائباً ، فإنْ قَضىٰ القاضي للثالثِ أَنْ يأخذَ مِنَ الغائبِ الثلُثَ . . كانَ لهُ أَنْ يأخذَ منهُ الثلُثَ ، ومِنَ الحاضرِ الثلُثَ ، وإنْ لَمْ يَقضِ لهُ القاضي علىٰ الغائبِ . . فكَمْ يأَخُذُ مِنَ الحاضرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يأخذُ منهُ الثلُثَ ؛ لأَنَّهُ قدرُ ما يَستحِقُّهُ ممّا في يدِهِ .

والثاني : يأخذُ منهُ نِصفَ ما بيدِهِ ؛ لأَنَّ أَحدَهما إذا كانَ غائباً . . صارَ كأَنَّهما الشفيعانِ لا غيرَ ، فيقتسمانِ بينَهما بالسويَّةِ .

= لجميع الشقص إذا كانت المسألة من ثمانية عشر علىٰ ما يلي :
حصة الشفيع الثاني + حصة الشفيع الأول + حصة الشفيع الثالث هي :
$\frac{٤}{١٨} + \frac{٧}{١٨} + \frac{٧}{١٨} = \frac{١٨}{١٨}$ وبهٰذا يتوزع الشقص بكامله من غير كسور .

(١) وعلىٰ اعتبار أصل المسألة من ثمانية عشر نأخذ من الثاني الربع وهو $\frac{١}{١٨}$ ، ونجمعه مع كامل حصة الأول والثالث التي هي $\frac{١٤}{١٨}$ فيكون مجموع الحاصل $\frac{١٥}{١٨}$ فبقسمتها أثلاثاً يكون لكل من الرابع والأول والثالث خمسة أسهم ؛ أي : من ثمانية عشر . وبهٰذا تصح قسمة المسألة أيضاً .

(٢) فعلىٰ هٰذا : يكون لكل منهما : $\frac{٤}{١٨} \div ٢ = \frac{٢}{١٨}$.

(٣) وبالقول الثاني يكون له : $\frac{١}{١٨}$ وهو ربع ما حصل له .

فإنْ حضَرَ الغائبُ ، وغابَ هٰذا الحاضرُ ، فإنْ كانَ أَخَذَ مِنَ الحاضرِ ثلُثَ ما بيدِهِ . . أَخَذَ مِنَ الذي كانَ غائباً ثلُثَ ما بيدِهِ أَيضاً ، وإنْ كانَ أَخَذَ مِن الحاضرِ نِصفَ ما بيدِهِ . . أَخَذَ مِنْ هٰذا سُدُسَ ما بيدِهِ ، فيَتِمُّ بذٰلكَ نصيبُهُ ، وتَصِحُّ قِسمةُ ذٰلكَ مِنْ ثمانيةٍ وأَربعينَ[1] ، فالمبيعُ ٱثنا عشرَ سهماً ، أَخَذَ كلُّ واحدٍ منهما ستَّةً ، فإنْ أَخَذَ مِنْ أَحدِهما سهمينِ . . أَخَذَ مِنَ الثاني سهمينِ ، وإنْ أَخَذَ مِنَ الأَوَّلِ ثلاثةً . . أَخَذَ مِنَ الثاني سهماً ليَتِمَّ لهُ ثلُثُ السهمِ المبيعِ .

فرعٌ : [زيادةُ الشِّقْصِ في يدِ الشَّفيعِ ، ورجوعُ الشُّفَعاءِ] :

فإنْ أَخَذَ الشَّفيعُ الأوَّلُ الشِّقْصَ مِنَ المشتري ، وجاءَ الشفيعانِ الآخَرانِ ، وقد زادَ الشِّقْصُ في يدِ الأَوَّلِ ، فإنْ كانتْ زيادةً لا تتميَّزُ ، كالشجرِ إذا طالَ وٱمتلأَ . . فإنَّ الشفيعَينِ إذا ٱختارا الأَخذَ أَخذا الشجرَ بزيادتِهِ ؛ لأَنَّها زيادةٌ لا تتميَّزُ ، فتَبِعتِ الأَصلَ كالردِّ بالعيبِ ، وإنْ كانتْ زيادةً تتميَّزُ ، كالشجرِ إذا أَثمرَ . . فإنَّ الثمرةَ تكونُ للأَوَّلِ ؛ لأَنَّها زيادةٌ متميِّزةٌ حَدَثَتْ في يدِ الأَوَّلِ ، فكانتْ لهُ ، كما قلنا في الردِّ بالعيبِ .

وإنْ أَخَذَ الشفيعانِ الآخَرانِ الشِّقْصَ مِنَ الشَّفيعِ الأَوَّلِ ، فٱستُحِقَّ الشِّقْصُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يَرجِعُ الشُّفَعاءُ الثلاثةُ كلُّهمْ بالعُهدةِ علىٰ المشتري ؛ لأَنَّهم ٱستحقُّوا الشُّفْعةَ عليهِ ، والأَوَّلُ نائبٌ عَنِ الآخَرينِ في الأَخذِ منهُ .

والوجهُ الثاني ـ حكاهُ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » ـ : أَنَّ الشَّفيعَ الثاني يَرجِعُ بالعُهدةِ علىٰ الشَّفيعِ الأَوَّلِ ، ويَرجِعُ الثالثُ بالعُهدةِ علىٰ الأَوَّلِ والثاني ، ويَرجِعُ الأَوَّلُ علىٰ المشتري ٱعتباراً بما أَخَذَ منهُ كلُّ واحدٍ منهمْ . **والأَوَّلُ هوَ المشهورُ** .

---

(١) وذٰلك لأن الشفيع الثالث إن أخذ من حصة الحاضر $\frac{٦}{١٢}$ نصفها ، وهو $\frac{٣}{٦}$ فيحصل له الربع $\frac{١}{٤}$ من مجموع السهام الاثني عشر ، وإن أخذ من حصة الغائب $\frac{٦}{١٢}$ سدسَها ، وهو $\frac{١}{٦}$ فيحصل له $\frac{١}{١٢}$ من مجموع السهام ، فتكون صورة المسألة بجمع حصتيه $\frac{١}{٤}$ + $\frac{١}{١٢}$ وبعد توحيد المخارج يكون :

$\frac{١٢}{٤٨}$ + $\frac{٤}{٤٨}$ = $\frac{١٦}{٤٨}$ ثلث الشقص المبيع .

فرعٌ : [للشفيعِ الغائبِ أَخذُ جميعِ الشِّقْصِ إِذا قَدِمَ وكانَ الحاضرُ ردَّهُ بالعيبِ] :

وإِنْ أَخَذَ الشَّفيعُ الحاضرُ جميعَ الشِّقْصِ مِنَ المشتري ، فوَجدَ بهِ عيباً ، فردَّهُ ، ثُمَّ قَدِمَ الشفيعانِ الآخرانِ ، أَو أَحدُهما . . كانَ للقادمِ فسخُ الردِّ بالعيبِ ، وأَخْذُ جميعِ الشِّقْصِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، ومحمَّدٌ : (ليسَ للقادمِ بعدَ الأَوَّلِ أَنْ يأخذَ إِلاَّ قدرَ حِصَّتِهِ مِنَ الشِّقْصِ) .

دليلُنا : أَنَّ الشَّفيعَ الأَوَّلَ أَسقَطَ حقَّهُ مِنَ الشِّقْصِ بالردِّ بالعيبِ ، فكانَ للقادمِ بعدَهُ أَخْذُ جميعِ الشِّقْصِ ، كما لو عفا الأَوَّلُ عَنِ الشُّفْعةِ . . فإِنَّ للثاني أَنْ يأخُذَ جميعَ الشِّقْصِ .

مسأَلةٌ : [للشريك الثالث الشُّفْعةُ إِذا باعَ أَحدُ شريكيهِ نصيبَهُ مِنَ الآخرِ] :

وإِنْ كانتْ دارٌ بينَ ثلاثةِ رجالٍ ، فباعَ أَحدُهمْ نصيبَهُ مِنْ أَحدِ شريكيهِ . . ثبَتَ للشريكِ الثالثِ الشُّفْعةُ ، وهلْ لهُ أَنْ يأخذَ جميعَ الشِّقْصِ ، أَو يُقسَمُ بينَهُ وبينَ الشريكِ المشتري ؟

روىٰ المزنيُّ : (أَنَّهُ يُقسَمُ بينَهُ وبينَ الشريكِ المشتري) . **وبهِ قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ .

وحُكيَ عَنْ أَبي العبّاسِ ابنِ سُريجٍ : أَنَّ لهُ أَخْذَ جميعِ الشِّقْصِ . وهوَ قولُ عثمانَ البَتِّيِّ ، والحسَنِ البصريِّ . وقيلَ : لا يَصِحُّ هٰذا عَنْ أَبي العبّاسِ .

ووجهُ هٰذا : أَنّا لو قلنا : يقتسمانِ الشِّقْصَ . . لكانَ للإِنسانِ أَنْ يأخذَ الشُّفْعةَ مِنْ نفسِهِ ، وهٰذا لا يجوزُ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ المشتريَ شريكٌ في الشِّقْصِ ، فلَمْ يأخذِ الآخرُ جميعَ الشِّقْصِ ، كما لو باعَ الشريكُ مِنْ أَجنبيٍّ ، وما قالهُ أَبو العبّاسِ : أَنَّهُ لا يأخذُ الشُّفْعةَ مِنْ نفسِهِ . . غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّهُ لا يأخذُ بالشُّفْعةِ مِنْ نفسِهِ ، وإِنَّما لا يُقدَّمُ الآخَرَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لا مَزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ .

فإذا قلنا بقولِ أَبي العبّاسِ. . كانَ الشَّفيعُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ جميعَ الشِّقْصِ ، أَو يتركَ ، فإنْ قالَ : آخذُ بعضَ الشِّقْصِ دونَ بعضٍ. . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ ليسَ هاهُنا شفيعٌ غيرُهُ .

وإنْ قلنا بقولِ **عامَّةِ أَصحابِنا** . . فإنِ اتَّفقَ الشَّفيعُ والمشتري علىٰ أَنْ يَقتسِما الشِّقْصَ بينَهما. . جازَ ، وإن لَمْ يخترِ الشَّفيعُ أَنْ يأخذَ. . لَمْ يُجبَرْ علىٰ الأخذِ ، ولَزِمَ ذٰلكَ المشتري ، فإنْ رضيَ المشتري أَنْ يأخذَ الشَّفيعُ جميعَ الشِّقْصِ. . لَمْ يَلزَمِ الشَّفيعَ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إِنَّما وَجَبتْ لهُ في نِصفِ الشِّقْصِ ، فلا يَلزَمُهُ أَكثرُ مِنْ ذٰلكَ .

فإنْ قيلَ : المشتري والشريكُ شفيعانِ في الشِّقْصِ ، فإذا رضيَ المشتري بتركِ حقِّهِ. . لَمْ يَجُزْ للآخَرِ أَنْ يأخذَ البعضَ ، كما لو كانَ المشتري أَجنبيّاً .

فالجوابُ : أَنَّ الشفيعينِ إذا كانَ المشتري أَجنبيّاً. . لَمْ يَملِكا شيئاً ، وإِنَّما مَلَكا أَنْ يَملِكا بالاختيارِ ، فإذا أَسقطَ أَحدُهما حقَّهُ. . صارَ كأَنَّهُ لا شفيعَ إلاَّ الثاني ، وهاهُنا قد حصلَ المِلكُ للمشتري ، فإذا تركَ ذٰلكَ بعدَ حصولِ المِلكِ لهُ. . لَمْ يَلزَمِ الآخَرَ الأَخذُ ، كما لوِ اختارَ الشفيعانِ الأخذَ ، ثُمَّ تركَ أَحدُهما حقَّهُ. . فلا يَلزَمُ الآخَرَ أَخذُهُ .

مسأَلةٌ : [تثبتُ الشُّفْعةُ لابنِ الابنِ معَ أَخيهِ بعدَ موتِ الأَبِ ووجودِ العمِّ] :

وإنْ ماتَ رجلٌ ، وخلَّفَ داراً وابنينِ ، فماتَ أَحدُ الابنينِ ، وخلَّفَ ابنينِ ، فباعَ أَحدُ وَلدي الابنِ نصيبَهُ في الدارِ. . ثبتَ لأَخيهِ الشُّفْعةُ ، قولاً واحداً ، وهلْ تَثبُتُ للعمِّ معَ ابنِ أَخيهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : الشُّفْعةُ للأَخِ دونَ العمِّ ، وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لأنَّ الأَخَ أَخصُّ بشِرْكَةِ البائعِ لاشتراكِهِما في سببِ المِلكِ ، بدليلِ : أَنَّ البيِّنةَ لو قامتْ : أَنَّ أَباهُما غصَبَ نِصفَ الدارِ. . لأَخَذَ نصيبَيهما .

ولو قُسِمتِ الدارُ نِصفينِ. . لكانَ نصيبُ الأَخوينِ جُزءاً ، ونصيبُ العمِّ جُزءاً .

والثاني : أَنَّ الأَخَ والعمَّ يشتركانِ بالشُّفْعةِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ ، وأَحمدُ ، والمزنيُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّهما شريكانِ في الدارِ حالَ ثبوتِ الشُّفْعةِ ،

فكانتِ الشُّفْعةُ بينَهما ، كما لو مَلَكَ الثلاثةُ بسببٍ واحدٍ ، وما ذَكرهُ الأوَّلُ مِنْ أَنَّ مِلكَ الأَخِ أَخصُّ . . فلا اعتبارَ به ، وإنَّما الاعتبارُ بوجودِ المِلكِ حالَ الشُّفْعةِ ، وما ذَكرهُ مِنَ القِسمةِ . . فغيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ ذٰلكَ إنَّما يُقسَمُ ـ كما ذَكرَ ـ إذا رضيَ الأَخوانِ ، ولو طلَبَ أَحدُ الأَخوينِ أَنْ يُفرَدَ نصيبُهُ مع عمِّهِ . . لكانَ لهُ ذٰلكَ ، وإنْ طلَبَ كلُّ واحدٍ منهما أَنْ يُفرَدَ نصيبُهُ . . قُسِمتِ الدارُ أَربعةَ أَجزاءٍ : للعمِّ جُزءانِ ، ولكلِّ أَخٍ جزءٌ .

فإنْ قلنا : إنَّ الشُّفْعةَ للأَخِ ، فإنِ اختارَ أَخْذَ الشِّقْصِ . . فلا كلامَ ، وإنْ عفا عَنِ الشُّفْعةِ . . فهلْ يَستحِقُّها العمُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، خرَّجَهما أَبو العبّاسِ :

أَحدُهما : لا يَستحِقُّها ؛ لأنَّ مَنْ لَمْ يَستحِقَّ الشُّفْعةَ حالَ البيعِ . . لَمْ يَستحِقَّها عندَ عفوِ الشَّفيعِ ، كالجارِ المُقاسَمِ .

والثاني : يَستحِقُّها ؛ لأنَّهُ شريكٌ حالَ البيعِ ، وإنَّما قُدِّمَ عليهِ الأَخُ بقُربِ نَسبِهِ ، فإذا أَسقطَ الأَخُ حقَّهُ . . استحقَّها العَمُّ ، كما لو قَتلَ رجلٌ رجلينِ عَمْداً ، أَحدَهما بعدَ الآخَرِ . . فإنَّ القِصاصَ عليهِ للأَوَّلِ ، فإذا عفا وليُّ الأَوَّلِ عَنِ القِصاصِ . . ثبتَ القِصاصُ للثاني .

وإنْ قلنا : إنَّ الشُّفْعةَ بينَ الأَخِ والعمِّ . . فهلْ يَقتسِمانِ الشِّقْصَ المبيعَ نِصفينِ ، أَو علىٰ قَدرِ المِلكينِ ؟ علىٰ قولينِ ، مضىٰ ذكرُهما .

وفرَّعَ أَبو العبّاسِ علىٰ هٰذا ثلاثَ مسائلَ :

الأُولىٰ : إذا كانتِ الدارُ بينَ ثلاثةِ رجالٍ ، فباعَ أَحدُهمْ نصيبَهُ مِنْ رجلينِ ، فعفا شريكاهُ عَنِ الشُّفْعةِ ، ثُمَّ باعَ أَحدُ المشتريَينِ نصيبَهُ مِنَ الدارِ . . فهلْ تكونُ الشُّفْعةُ لشريكِهِ الذي اشترىٰ معَهُ وحدَهُ ، أَو يشاركُهُ فيها الشريكانِ الأَوَّلانِ ؟ علىٰ القولينِ .

المسأَلةُ الثانيةُ : إذا ماتَ رجلٌ ، وخلَّفَ ابنتينِ ، وأُختينِ لأَبٍ ، وخلَّفَ داراً ، فورِثَتِ الابنتانِ ثُلُثَيهِ ، ووَرِثَتِ الأُختانِ ثُلُثَهُ ، فباعتْ إحدىٰ الابنتينِ نصيبَها في الدارِ . . قالَ أَبو العبّاسِ : فيهِ طريقانِ :

أَحدُهما : أَنَّها علىٰ قولينِ ، كالتي قبلَها ؛ لاختلافِ سببِ المِلكِ .

والثاني : أَنَّ الشُّفْعةَ بينَ الابنةِ والأُختينِ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ السببَ واحدٌ ، وهوَ الإرثُ .

المسألةُ الثالثةُ : إذا ماتَ رجلٌ ، وخلَّفَ ثلاثةَ أولادٍ وخلَّفَ داراً ، فماتَ أَحدُ الأَولادِ ، وخلَّفَ ٱبنينِ ، فباعَ أَحدُ العَمَّينِ نصيبَهُ في الدارِ . . فهلْ يكونُ أَخو البائعِ أَحقَّ بالشُّفْعةِ ، أَو يشاركُهُ فيها ٱبنا أَخيهِ ؟ فيهِ طريقانِ :

أَحدُهما : أَنَّها علىٰ قولينِ .

والثاني : أَنَّهمْ يشتركونَ فيها ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ ٱبني الميِّتِ الثاني يقومانِ مَقامَ أَبيهِما ، ولو كانَ أَبوهما باقياً . . لشاركَ أَخاهُ بالشُّفْعةِ ، بخلافِ ما لو باعَ أَحدُ ولدي الابنِ ؛ لأنَّ العمَّينِ لا يقومانِ مَقامَ أَخيهِما ، وإنَّما يقومانِ مَقامَ أَبيهِما .

مسأَلةٌ : [تصرُّفُ المشتري بالشِّقْصِ قبلَ علمِ الشفيعِ] :

إذا ٱشترىٰ رجلٌ شِقصاً فيهِ شُفْعةٌ ، فلَمْ يَعلَمِ الشَّفيعُ بالشراءِ حتّىٰ تصرَّفَ المشتري بالشِّقْصِ . . نَظرتَ :

فإنْ تَصرَّفَ فيهِ تصرُّفاً لا تُستَحَقُّ فيهِ الشُّفْعةُ ، بأَنْ وهبَهُ مِنْ غيرِهِ ، أَو أَجَّرهُ . . فللشفيعِ أَنْ يَفسَخَ تصرُّفَهُ ، ويأخذَهُ بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّ ٱستحقاقَهُ للشُّفْعةِ سابقٌ لتصرُّفِ المشتري ، وهٰكذا : لو وَجدَ بهِ المشتري عيباً ، فردَّهُ بالعيبِ ، ثُمَّ عَلِمَ الشَّفيعُ . . فلَهُ أَنْ يَفسَخَ ذٰلكَ ، ويأخذَهُ بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّ حقَّهُ سابقٌ للفسخِ .

وإنْ وَقفَهُ المشتري . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ الماسَرْجِسِيُّ : يَصِحُّ الوقفُ ، وتبطُلُ الشُّفْعةُ ؛ لأَنَّ الشُّفْعةَ إنَّما ثَبتَتْ في المملوكِ ، والوقفُ غيرُ مملوكٍ ، فبَطَلتْ فيهِ الشُّفْعةُ .

والثاني ـ وهو قولُ عامَّةِ أَصحابِنا ، وهو الصحيحُ ـ : أَنَّ للشفيعِ أَنْ يُبطِلَ الوقفَ ، ويأخذَ الشُّفْعةَ ، كما تبطُلُ الهبةُ ؛ لأَنَّ ٱستحقاقَهُ للشُّفْعةِ سابقٌ لوقفِ المشتري .

وإنْ تَصرَّفَ المشتري فيهِ تصرُّفاً تثبتُ فيهِ الشُّفْعةُ ، بأَنْ باعَهُ ، أَو جعلَهُ مَهراً في نكاحٍ ، أَو عِوَضاً في خُلعٍ ، أَو أُجرةً في إجارةٍ . . فالشَّفيعُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يَفسَخَ

التصرُّفَ الثاني ، ويأخذَ بالشُّفْعةِ بالتصرُّفِ الأَوَّلِ ، وبينَ أَنْ يُقِرَّ العقدَ الأَوَّلَ ، ويأخذَ بالشُّفْعةِ بالتصرُّفِ الثاني ؛ لأَنَّهُ يَستحِقُّ الشُّفْعةَ بكلِّ واحدٍ منهما ، فخُيِّرَ بينَهما ، فإنِ ٱختَلفَ المشتري والبائعُ في الثَّمنِ ، فتحالفا ، وفُسِخَ البيعُ ، ورَجَعَ الشِّقْصُ إِلىٰ البائعِ . . فللشفيعِ أَنْ يأخذَ الشِّقْصَ بالثَّمنِ الذي حلَفَ عليهِ البائعُ ؛ لأَنَّ البائعَ أَقرَّ للمشتري بالمِلكِ بالثَّمنِ الذي حلَفَ هو عليهِ ، وللشفيعِ بالشُّفْعةِ بهِ ، فإذا ردَّ المشتري إقرارَهُ بذٰلكَ . . بقيَ حقُّ الشَّفيعِ ، فكانَ لهُ الأَخذُ بهِ .

فرعٌ : [موتُ المشتري بعدَ أَن أَوصىٰ بالشِّقْصِ فقدمَ الشَّفيعُ فيُقَدَّمُ] :

وإنِ ٱشترىٰ شِقْصاً فيهِ شُفْعةٌ ، ثُمَّ أَوصىٰ بهِ المشتري وماتَ ، فحضَرَ الشَّفيعُ والموصىٰ لهُ يطالبانِ بالشِّقْصِ . . قُدِّمَ الشَّفيعُ ؛ لأَنَّ حقَّهُ سابقٌ ؛ لأَنَّهُ يَثبُتُ بالشراءِ ، فإذا أَخَذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ بالثَّمنِ . . كانَ الثَّمنُ للورثةِ دونَ الموصىٰ لهُ ؛ لأَنَّهُ إنَّما وصّىٰ لهُ بالشِّقْصِ دونَ الثَّمنِ .

فرعٌ : [دار لثلاثة : لواحد نصف وللباقيين لكلٍّ ربع فباع أحدهما حصته] :

وإنْ كانَ دارٌ بينَ ثلاثةِ شركاءَ : لواحدٍ نِصفُها ، ولكلِّ واحدٍ مِنَ الآخَرينِ رُبْعُها ، فٱشترىٰ صاحبُ النِّصفِ مِنْ أَحدِ الشريكينِ رُبُعَ الدارِ ، والشريكُ الثالثُ غائبٌ ، ثُمَّ باعَ الشريكُ المشتري رُبُعَ الدارِ ـ وهو ثُلُثُ ما بيدِهِ مِنَ الدارِ ـ مِنْ رجلٍ ، فقَدِمَ الشريكُ الغائبُ . . فلَهُ أَنْ يُطالِبَ بالشُّفْعةِ في البيعِ الأَوَّلِ ، ويعفوَ عَنِ الثاني ، ولهُ أَنْ يُطالِبَ بالشُّفْعةِ في البيعِ الثاني ، ويعفوَ عَنِ الأَوَّلِ ، وله أن يطالبَ بالشفعةِ في البيع الأَوَّلِ والثاني .

فإنِ اختار أن يطالبَ بالشفعةِ في البيع الأَوَّلِ ، ويعفوَ عنِ الثاني ، وإنْ قلنا بالمذهبِ : إنَّ المشتريَ إذا كانَ أَحدَ الشريكينِ لا يَستحِقُّ الشَّفيعُ الآخَرُ جميعَ الشِّقْصِ ، فإنْ قلنا : إنَّ الشِّقْصَ يُقسَمُ بينَ الشُّفعاءِ علىٰ الرؤوسِ . . فإنَّ الشَّفيعَ القادمَ يَستحِقُّ نِصفَ الربُعِ المبيعِ ، وهو الثُّمنُ ، إلاَّ أَنَّ هٰذا الثُّمنَ قد حصَلَ ثلثُهُ في يدِ المشتري الثاني ؛ لأَنَّهُ ٱشترىٰ ثُلُثَ ما بيدِ الأَوَّلِ ، وثُلثا الثُّمنِ باقٍ في يدِ الشريكِ

المشتري ، فيكونُ للشفيعِ أَنْ يأخذَ ذٰلكَ حيثُ وَجَدهُ ، وأَقلُّ عَددٍ يُخرَجُ منهُ ثلُثُ الثُّمنِ : أَربعةٌ وعِشرونَ ، فمَعَ صاحبِ النِّصفِ ٱثنا عشَرَ ، ومعَ المشتري منهُ ستَّةٌ ، ومعَ الشَّفيعِ ستَّةٌ ، فيَأخُذُ الشَّفيعُ مِنْ صاحبِ النِّصفِ سهمينِ ، ويَبقىٰ معهُ عشَرَةٌ ، ويَأخُذُ مِنَ المشتري[١] سهماً يَفسَخُ فيهِ البيعَ ، ويَبقىٰ معهُ خمسةٌ ، فيَجتمِعُ معَ الشَّفيعِ تسعةٌ[٢] .

وإنْ قلنا : إنَّ الشُّفعَةَ تُقسَمُ علىٰ قَدرِ الأَملاكِ . . فإنَّ لصاحبِ النِّصفِ ثلُثَي الرُّبُعِ الذي ٱشتراهُ ، ولشَريكِهِ ثلُثَهُ[٣] ، وأَقلُّ عددٍ يُخرَجُ منهُ ثلُثا الرُّبُعِ : ٱثنا عشَرَ ، للمشتري ثلُثا الرُّبُعِ وهو سَهمانِ ، وللشفيعِ ثلُثُ الرُّبُعِ وهو سَهمٌ ، وفي يدِ الشريكِ المشتري مِنْ هٰذا السَّهمِ ثُلُثاهُ ، وفي يدِ المشتري منهُ ثلُثُهُ ، فٱضرِبِ ٱثني عشَرَ في ثلاثةٍ . . تُصبحْ سِتَّةً وثلاثينَ : لصاحبِ النِّصفِ سِتَّةٌ في ثلاثةٍ . . فذٰلكَ ثمانيةَ عشَرَ ، وللمشتري منهُ ثلاثةٌ في ثلاثةٍ . . فذٰلكَ تِسعةٌ ، وللشَّفيعِ بحقِّ المِلكِ ثلاثةٌ في ثلاثةٍ . . فذٰلكَ تِسعةٌ ، ويأخُذُ بحقِّ الشُّفْعةِ ثُلُثَ الرُّبُعِ وهو ثلاثةُ أَسهمٍ ، ثُلُثاها مِنْ صاحبِ النِّصفِ وهو سهمانِ ، فيَبقىٰ معهُ ستَّةَ عشَرَ ، وثُلُثُها وهو سهمٌ مِنَ المشتري الثاني ، فيَبقىٰ معهُ ثمانيةٌ ، ويصيرُ معَ الشَّفيعِ ٱثنا عشَرَ سَهماً[٤] .

---

(١) في نسختين زيادة : (من الشريك) بعد : (من المشتري) .

(٢) صورتها : أن الدار (٢٤) سهماً ، النصف (١٢) سهماً للشريك الأول ، وللشريكين الآخرين لكلٍّ ستة ، فللشفيع منها نصف الربع وهو الثمن (٣) أسهم ، ثلثاه مع صاحب النصف ، وثلثه مع المشتري ، فيؤخذ سهمان من صاحب النصف وسهم من المشتري ، فيصير مع الشريك ـ بجمع حصته مع ما أخذه بالشفعة ـ تسعة أسهم ، ويبقىٰ لصاحب النصف عشرة ، ومع المشتري خمسة أسهم .

(٣) وعلىٰ هٰذا : يكون لصاحب النصف ثلثي الربع وهو أربعة ، فيصير ما لديه ستة عشر ، ولشريكه ستة ، وثلث الربع ، وهو اثنان ، فيصير له ثمانية .

(٤) وتحسب علىٰ شفعة الأملاك إذا كانت المسألة من (١٢) كما يأتي : لصاحب النصف ثلثا الربع وهو ١٢/٢ ، ولشريكه ثلثه وهو ١٢/١ ، وهذا السهم وهو ثلث الربع ثلثاه في يد الشريك صاحب النصف ، وثلثه في يد المشتري ، فنجعل أصل المسألة من (٣٦) سهماً فنضرب ١٢× ٣ ، فيكون لصاحب النصف ٦ × ٣ = ١٨ سهماً ، ولصاحب الشفعة الثاني ٣ × ٣ = ٩ أسهم ، وكذٰلك للمشتري ٣ × ٣ = ٩ أسهم ، فيأخذ الشفيع الربع وهو ٣٦/ ٤ = ٩ ، وثلث الربع ٩/ ٣ =

وإنْ طلَبَ الشَّفيعُ بحقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ في البيعِ الثاني ، وعفا عَنِ الأوَّلِ . . أَخَذَ جميعَ الرُّبُعِ مِنَ المشتري الثاني ، فصارَ لهُ نِصفُ الدارِ ، ولشَريكِهِ نِصفُها .

وإنْ طلَبَ بحقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ في البيعَينِ الأَوَّلِ والثاني . . أَخَذَ جميعَ الرُّبُعِ الذي بيدِ المشتري الثاني ، وكَمْ يأخُذُ مِنْ صاحبِ النِّصفِ ؟

إنْ قلنا : إنَّ الشُّفْعةَ تُقسَمُ علىٰ عَددِ الرؤوسِ . . أَخَذَ منهُ ثُلُثَيْ ثُمُنِ الدارِ ، وهوَ سهمانِ مِنْ أَربعةٍ وعشرينَ سهماً مِنَ الدار[1] .

وإن قلنا : إنَّ الشُّفْعةَ تُقسَمُ علىٰ قَدرِ الأَملاكِ . . أَخَذَ منهُ سَهمينِ مِنْ سِتَّةٍ وثلاثينَ سهماً مِنَ الدارِ[2] .

مسأَلَةٌ : [البناءُ أَو الغرسُ في الشُّفْعةِ بعدَ المقاسمةِ] :

قالَ الشافعيُّ : (ولوَ قاسمَ وبَنىٰ . . قيلَ للشَّفيعِ : إنْ شئتَ . . فخُذْ بالثَّمَنِ وقيمةِ البناءِ اليومَ ، أَو دَعْ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الشافعيَّ ذَكرَ : أَنَّ المشتري إِذا قاسمَ وميَّزَ نصيبَهُ ، فبنىٰ فيهِ أَو غَرَس ، ثُمَّ طالبَهُ الشَّفيعُ بالشُّفْعةِ . فٱعترضَ المُزنيُّ وغيرُهُ علىٰ الشافعيِّ ، وقالوا : كيفَ تَصِحُّ المقاسَمةُ معَ بقاءِ الشُّفْعةِ ؟

فقالَ أَصحابُنا : يُتصوَّرُ ذٰلكَ في أَربعِ مسائلَ :

إحداهنَّ : أَنْ يُظهِرَ لهُ المشتري أَنَّهُ ٱشترىٰ الشِّقْصَ بثَمنٍ كثيرٍ ، فتركَ الشَّفيعُ الشُّفْعة

= ٣ أسهم ، فحاصل ما يأخذه ٩ + ٣ = ١٢ سهماً ؛ لأن له سهمين من صاحب النصف ، وسهماً من المشتري ، والباقي : مع صاحب النصف ١٨ ـ ٢= ١٦ سهماً ، ومع المشتري ٩ ـ ١= ٨ أسهم .

(١) وهٰذا إذا قلنا المسألة من (٢٤) سهماً ، وقسمنا الشفعة علىٰ عدد الرؤوس ، فيستحق الشفيع من صاحب النصف ثلثي ثُمُن الدار ، أي ٢/ ٢٤ كسابقه .

(٢) وذٰلك علىٰ اعتبار المسألة من (٣٦) سهماً . فإذا قسمنا الشفعة علىٰ حسب الأَملاك ، والذي يستحقه الشفيع بحقِّ الشفعة ثلث الربع ، وهو سهم من ثلاثة أسهم ، وثلثاها لصاحب النصف وهو سهمان من ستة وثلاثين ، والله أعلم .

وقاسمَ المشتريَ ، فبنىٰ المشتري أَو غَرَسَ ، ثُمَّ بانَ للشفيعِ أَنَّ الثَّمنَ دونَ ذٰلكَ ، فإِنَّ شُفْعتَهُ لا تَبطُلُ .

الثانيةُ : أَنْ يُظهِرَ لهُ أَنَّهُ اَتَّهبَ الشِّقْصَ ، فقاسَمهُ الشريكُ ، فبنىٰ أَو غرَسَ ، ثُمَّ بانَ لهُ أَنَّهُ اَشترىٰ .

الثالثةُ : إِذا وَكَّلَ وهو في السَّفَرِ مَنْ يُطالِبُ بالشُّفْعةِ ، فرأَىٰ الوكيلُ أَنَّ الحظَّ في تركِ الشُّفْعةِ ، فَتركَ وقاسمَ الوكيلَ[1] ـ وقدْ وَكَّلهُ علىٰ ذٰلكَ ـ فقَدِمَ الشَّفيعُ ، وبانَ أَنَّ الحظَّ لهُ في الأَخْذِ بالشُّفْعةِ . أَو كانَ هٰذا في الشُّفْعةِ علىٰ المُولَّىٰ[2] عليهِ ، ورأَىٰ الوليُّ تركَ الشُّفْعةِ ، فقاسمَ ، وبنىٰ المشتري[3] أَو غَرَسَ ، ثُمَّ زالَ[4] الحَجْرُ عَنِ المُولَّىٰ عليهِ ، وأَقامَ البيِّنةَ : أَنَّ الحظَّ كانَ لهُ أَنْ يأخُذَ الوليُّ .

الرابعةُ : إِذا كانَ الشَّفيعُ غائباً ، فجاءَ المشتري إِلىٰ الحاكمِ ، وسأَلهُ : أَنْ يَقسِمَ بينَهُ وبينَ الغائبِ ، فأَمرَ الحاكمُ مَنْ قَاسَمَ عَنِ الغائبِ ، فَبنىٰ المشتري أَو غَرَسَ ، وقَدِمَ الشَّفيعُ .

إِذا ثَبتَ ما ذكرناهُ : فإِنَّ الشَّفيعَ إِذا اَختارَ الأَخْذَ بالشُّفْعةِ . . فإِنَّ البناءَ أَوِ الغِراسَ للمشتري ؛ لأَنَّهُ عينُ مِلكِهِ ، لَمْ يَدخلْ في الشراءِ .

فإِنِ اَختارَ المشتري قَلْعَ البناءِ والغِراسِ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ مِلكُهُ ، ولا يَلزَمُهُ تسويةُ الأَرضِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ متعدٍّ بذٰلكَ ، فإِنِ اَختارَ الشَّفيعُ أَخْذَ الشِّقْصِ ناقصاً بجميعِ الثَّمنِ . . فلا كلامَ ، وإِلاَّ . . فلا شُفْعةَ لهُ .

وإِنْ لَمْ يَختَرِ المشتري قَلْعَ البناءِ أَوِ الغِراسِ . . كانَ الشَّفيعُ بالخِيارِ بينَ ثلاثةِ أَشياءَ : بينَ أَنْ يتركَ أَخْذَ الشُّفْعةِ . وبينَ أَنْ يأخُذَ الشِّقْصَ بالشُّفْعةِ ، ويتملَّكَ معهُ البِناءَ أَوِ

---

(١) أي : الوكيل في الشراء .

(٢) في (م) : (للمولىٰ) .

(٣) في (م) : (الشريك) .

(٤) في نسخة : (بان) .

الغِراسَ بقيمتِهِ في هٰذهِ الحالةِ . وبينَ أَنْ يأخُذَ الشِّقْصَ بالثَّمنِ ، ويُجبرَ المشتري علىٰ قَلْعِ البِناءِ أَوِ الغِراسِ ، ويَضمَنَ لهُ ما نَقصَ بالقَلْعِ ؛ لأنَّ الضررَ يزولُ عنهما بذٰلكَ .

فإِنْ أَرادَ الشَّفيعُ إِجبارَ المشتري علىٰ قَلْعِ البِناءِ أَوِ الغِراسِ ، ولا يَضمَنُ لهُ شيئاً . . لَمْ يُجبَرِ المشتري علىٰ ذٰلكَ ، وبهِ قالَ النَّخَعيُّ ، ومالكٌ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ .

وقالَ الثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ ، والمُزنيُّ : (يُجبَرُ المشتري علىٰ قَلْعِهِ مِنْ غيرِ ضمانِ عِوَضٍ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « لَيسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حقٌّ » . وهٰذا ليس بظالمٍ .

ولأنَّهُ بنىٰ أَو غَرَسَ في مِلكِهِ الذي يملِكُ بيعَهُ ، فَلَمْ يُجبَرْ علىٰ قَلْعِهِ مِنْ غيرِ ضمانٍ ، كما لو غَرَسَ في أَرضٍ لهُ ، لا شُفْعةَ فيها لغيرِهِ .

فرعٌ : [ٱدِّعاءُ عملِ البناءِ في الشُّفْعةِ] :

إِذا ٱدَّعىٰ المشتري : أَنَّ هٰذا البِناءَ أَحدثَهُ بعدَ الشراءِ ، وقالَ الشَّفيعُ : بَلْ كانَ موجوداً عندَ البيعِ . . قالَ أَبو العبّاسِ : فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ مِلكُهُ ، والشَّفيعُ يريدُ تملُّكَهُ عليهِ ، فكانَ القولُ فيهِ قولَ المالكِ .

مسأَلةٌ : [شراءُ شِقْصٍ فيهِ شجرٌ] :

إِذا ٱشترىٰ رجلٌ شِقْصاً مِنْ أَرضٍ فيها نخلٌ أَو شجرٌ . . فقد ذكرنا : أَنَّهُ يدخلُ في البيعِ بالشرطِ ، أَو بالإِطلاقِ علىٰ **المذهبِ** ، وتثبُتُ فيهِ الشُّفْعةُ تَبَعاً للأَرضِ ، فإِنْ جاءَ الشَّفيعُ ، وقد زادَ ذٰلكَ في يدِ المشتري ، فإِنْ كانتْ زيادةً غيرَ متميِّزةٍ ، بأَنْ طالَ الشجرُ وٱمتلأَ . . فإِنَّ الشَّفيعَ يأخذُ الشجرَ بزيادتِهِ ؛ لأنَّها زيادةٌ لا تتميَّزُ ، فتَبِعَتِ الأَصلَ ، كالردِّ بالعيبِ . وإِنْ كانتِ الزيادةُ ثمرةً . . نظرتَ :

فإِنْ كانتِ الثمرةُ ظاهرةً ، بأَنْ كانتْ ثمرةَ نخلٍ قدْ أُبِّرتْ . . فإِنَّ الثمرةَ للمشتري ؛ لأنَّها ثمرةٌ ظاهرةٌ حَدثتْ في مِلكِهِ .

وإِنْ كانتْ غيرَ ظاهرةٍ ، بأَنْ كانتِ الثمرةُ غيرَ مؤبَّرةٍ . . ففيهِ قولانِ :

[أَحدُهما] : قالَ في **القديمِ** : (للشفيعِ أَنْ يأخذَها ؛ لأَنَّها ثمرةٌ غيرُ ظاهرةٍ ، فهيَ كالشجرِ إذا طالَ) .

و[الثاني] : قالَ في **الجديدِ** : (ليسَ للشفيعِ أَنْ يأخذَها ؛ لأَنَّهُ نماءٌ تميَّزَ عَنْ أَصلِهِ وظهرَ ، فهوَ كالطلْعِ المؤبَّرِ) .

مسأَلةٌ : [تؤخذ الشفعة قهراً] :

إذا وَجَبتْ لهُ الشُّفْعةُ في شِقْصٍ . . فلَهُ أَخذُهُ مِنْ غيرِ حاكمٍ ولا رضا المشتري ، وقد مضىٰ الخلافُ فيها لأَبي حنيفةَ ، والدليلُ عليهِ . فإنْ كانَ المشتري قدْ قَبَضَ الشِّقْصَ مِنَ البائعِ . . فللشفيعِ أَنْ يأخُذَ الشِّقْصَ منهُ ، ولا خلافَ أَنَّهُ لا خِيارَ للمشتري في ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يؤخذُ منهُ بغيرِ رضاهُ ، وأَمّا الشَّفيعُ : فلا يثبُتُ لهُ خيارُ الثلاثِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يثبُتُ بالشرطِ برضا المتعاقدينِ ، والشِّقْصُ يؤخذُ مِنَ المشتري بغيرِ رضاهُ ، ولٰكنْ هلْ يثبُتُ للشفيعِ خِيارُ المجلسِ بعدَ عقدِ الشُّفْعةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرُهما في (البيعِ) .

وإنْ كانَ المشتري لَمْ يَقبِضِ الشِّقْصَ مِنَ البائعِ . . وَجبَ علىٰ المشتري تسلُّمُهُ مِنَ البائعِ ، وتسليمُهُ إلىٰ الشَّفيعِ ، فإنْ غابَ المشتري أَوِ ٱمتنعَ مِنَ القبضِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : أَقامَ الحاكمُ مَنْ يستلمُهُ للمشتري ، ويسلِّمُهُ إلىٰ الشَّفيعِ ، فإنْ حكمَ الحاكمُ بتسليمِهِ علىٰ البائعِ إلىٰ الشَّفيعِ ، فتسلَّمَهُ منهُ الشَّفيعُ . . كانَ كما لو تسلَّمَهُ المشتري ، وسلَّمَهُ إلىٰ الشَّفيعِ .

وإنْ قالَ الشَّفيعُ : لا أَقبِضُهُ إلاَّ مِنَ المشتري . . ففيهِ وجهانِ لأَبي العبّاسِ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الشَّفيعَ بمنزلَةِ المشتري مِنَ المشتري ، فيلزَمُهُ أَنْ يُسلِّمَ بعدَ قبضِهِ .

وعلىٰ هٰذا : فالحاكمُ يكلِّفُ المشتريَ تسلُّمَهُ ، وتسليمَهُ إلىٰ الشَّفيعِ .

والثاني : يأخذُهُ الشَّفيعُ مِنْ يدِ البائعِ ، فلا يكلِّفُ المشتريَ قبضَهُ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ حقٌّ للشفيعِ ، فحيثُ وَجدهُ . . أَخَذَهُ . ولأنَّ يدَ الشَّفيعِ كيدِ المشتري ؛ لأنَّهُ ٱستحَقَّ قَبْضَ

ذٰلكَ مِنْ جهتِهِ ، فهو كما لو وَكَّلَ وكيلاً في القبضِ ، أَلا تَرىٰ أَنَّهُ إِذا قالَ : أَعتِقْ عبدَكَ عَنْ ظِهاري ، فأَعتَقهُ . . صحَّ ، وكانَ المأمورُ كالقابضِ لهُ ؟

وأَمّا الشيخُ أَبو إِسحاقَ فقالَ : هلْ يجوزُ للشفيعِ أَنْ يأخذَ الشِّقْصَ مِنْ يدِ البائعِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ قَدِ ٱستحَقَّهُ .

والثاني : لا يجوزُ ، بَلْ يُجبَرُ المشتري علىٰ قَبْضِهِ ليأخذَهُ الشَّفيعُ منهُ ؛ لأَنَّهُ إِذا أَخذَهُ الشَّفيعُ مِنَ البائعِ . . فاتَ التسليمُ المستَحَقُّ بالبيعِ ، فلا يُثبتُ الشُّفْعةَ .

فرعٌ : [وجودُ عيبٍ بالشِّقْصِ بعدَ أَخذِهِ بالشُّفْعةِ] :

وإِذا قَبَضَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ ، ثُمَّ وَجدَ بهِ عيباً ، فإِنْ لَمْ يَعلَمْ بهِ المشتري ، ولا الشَّفيعُ . . فللشفيعِ أَنْ يردَّهُ علىٰ المشتري ، وللمشتري أَنْ يردَّهُ علىٰ البائعِ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ العقدَينِ سلامتُهُ مِنَ العيبِ . وإِنْ عَلِمَ بهِ المشتري ، ولَمْ يَعلَمْ بهِ الشَّفيعُ ، ثُمَّ عَلِمَ بهِ . . فللشفيعِ أَنْ يَردَّهُ علىٰ المشتري ، وليسَ للمشتري أَنْ يَردَّهُ علىٰ البائعِ ؛ لأَنَّ المشتريَ قدْ رضيَ بهِ ، والشَّفيعَ لَمْ يرضَ بهِ . وإِنْ عَلِمَ بهِ الشَّفيعُ ورضيَ بهِ ، ولَمْ يَعلَمْ بهِ المشتري . . فليسَ لواحدٍ منهما أَنْ يَردَّهُ ؛ أَمّا الشَّفيعُ : فلأَنَّهُ رضيَ بهِ ، وأَمّا المشتري : فلأَنَّهُ لا يَرُدُّ ما ليسَ بيدِهِ .

فرعٌ : [ٱستحقاقُ الشقصِ بعدَ أَخذِهِ بالشُّفعةِ] :

فإِنْ أَخَذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ ، ودَفعَ الثَّمنَ ، فخَرجَ الشِّقْصُ مستَحَقّاً . . فإِنَّ الشَّفيعَ يَرجعُ بالعُهدةِ علىٰ المشتري سواءٌ أَخَذَ الشِّقْصَ مِنْ يدِ المشتري أَو مِنْ يدِ البائعِ ، ثمَّ[1] يَرجعُ المشتري بالعُهدةِ علىٰ البائعِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ ، وأَحمدُ .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ : تجبُ عُهدةُ الشَّفيعِ علىٰ البائعِ بكلِّ حالٍ .

---

(١) في (نسخة) : (ولم) .

وقالَ محمَّدٌ : إنْ أَخذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ مِنْ يدِ المشتري . . رَجعَ بالعُهدةِ عليهِ ، وإنْ أَخذهُ مِنَ البائِعِ . . رَجعَ بالعُهدةِ عليهِ .

دليلُنا : أَنَّ الشُّفْعةَ مستَحَقَّةٌ علىٰ المشتري ، فكانَ لهُ الرجوعُ بالعُهدةِ عليهِ كما لو قبَضَهُ منهُ ، أَو كما لوِ ٱشتراهُ منهُ .

مسأَلةٌ : [وجدت الشفعة فمات قبل العلم] :

إذا ثبَتَ لهُ الشُّفْعةُ في شِقْصٍ ، فماتَ قَبلَ أَنْ يَعلَمَ بالشراءِ ، أَو قَبلَ أَنْ يتمكَّنَ مِنَ الأَخذِ . ٱنتقلَ ذٰلكَ إلىٰ وارثِهِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وعبيدُ اللهِ بنُ الحَسَنِ العَنبريُّ .

وذَهبَ الثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ ، وأَحمدُ إلىٰ : أَنَّ الشُّفْعةَ تبطُلُ بالموتِ .

دليلُنا : أَنَّهُ خيارٌ ثابتٌ لدفعِ[1] الضررِ عَنِ المالِ ، فٱنتقلَ إلىٰ الوارثِ ، كخِيارِ الردِّ بالعيبِ .

فقولُنا : (ثابتٌ) ٱحترازٌ مِنْ خِيارِ القَبولِ ، وخِيارِ الإقالةِ ؛ وهو أَنَّ البائِعَ لو قالَ لرجلٍ : بعتُكَ ، فَقبْلَ أَن يقولَ المشتري : قَبِلتُ ، ماتَ . أَو قالَ أَحدُ المتبايعينِ للآخَرِ : أَقلتُكَ ، فقبْلَ أَنْ يقولَ : قَبِلتُ ، ماتَ . . لَمْ يَنتقِلْ ذٰلكَ إلىٰ وارثِهِ .

وقولُنا : (لدفعِ الضررِ عَنِ المالِ) ٱحترازٌ مِنْ خيارِ اللِّعانِ ؛ لأَنَّهُ لدفعِ الضررِ عَنِ النسبِ ، فلو نَفىٰ نَسَبَ ولدٍ ، وقَبْلَ أَنْ يُلاعِنَ ماتَ . . لَمْ يَقُمْ وارثُهُ مَقامَهُ في اللِّعانِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فروَىٰ المُزنيُّ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ : (ولورثةِ الميِّتِ أَنْ يأخذوا ما كانَ يأخذُهُ أَبوهمْ بينَهمْ علىٰ العَددِ ، وٱمرأَتُهُ وٱبنُهُ في ذٰلكَ سواءٌ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : في كيفيَّةِ قِسمةِ الشِّقْصِ ـ الذي ثَبَتتْ لهُ فيهِ الشُّفْعةُ ، ثُمَّ ماتَ بينَ ورثتِهِ ـ قولانِ :

أَحدُهما : علىٰ قدرِ فروضِهمْ .

---

(١) في نسخة : (لرفع) ، وكذلك في المواضع الآتية . والقاعدة تقول : الدفع أولىٰ من الرفع .

والثاني : علىٰ عَددِ الرؤوسِ ، فيكونُ ما نقلَهُ المُزنيُّ هاهُنا هو أَحدُ القولَينِ : (أَنّها تُقسَمُ علىٰ عددِ الرؤوسِ) .

وقالَ أكثرُ أَصحابِنا : يُقسَمُ الشِّقْصُ بينَ الورثةِ علىٰ قدرِ فروضِهِمْ ، قولاً واحداً ؛ لأَنّهمْ لَمْ يَستحِقُّوا الشُّفْعةَ بالمِلكِ ، وإِنَّما ٱستحقُّوها[1] بالإِرثِ عَنِ الميِّتِ ، وهمْ متفاضلونَ في الميراثِ عنهُ ، وما نقلَهُ المُزنيُّ لا يُعرَفُ .

ومنهمْ مَنْ تأَوَّلَ ما نَقلَهُ المُزنيُّ ، فقالَ : قولُهُ : (علىٰ العَددِ) بمعنىٰ : أَنَّ الجماعةَ يَستحِقُّونَ ذٰلكَ ، وقولُهُ : (سواءٌ) أَرادَ : في أَصلِ الاستحقاقِ .

فرعٌ : [عفو أحد الورثة عن حقه بالشفعة] :

فإِنْ ثَبتَتْ لهُ الشُّفْعةُ في شِقْصٍ ، ثم ماتَ وخلَّفَ ٱبنَينِ ، فعفا أَحدُهما عَنْ حقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَسقُطُ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ ؛ لأَنّهما يقومانِ مَقامَ أَبيهما ، فلو عَفا أَبوهما عَنْ بعضِ الشِّقْصِ . . أُسقِطَتِ الشُّفْعةُ في جميعِ الشِّقْصِ ، فكذٰلكَ إِذا عَفا مَنْ يقومُ مَقامَهُ .

والثاني : تَسقُطُ شُفْعةُ العافي ، ويكونُ لأَخيهِ أَنْ يأخذَ جميعَ الشِّقْصِ ؛ لأَنّها شُفْعةٌ ثَبتَتْ لاثنينِ ، فإِذا عَفا أَحدُهما عَنْ حقِّهِ . . ثَبتَتِ الشُّفْعةُ للآخَرِ في جميعِ الشِّقْصِ ، كالشريكينِ ، ويُفارِقُ الموروثَ ، فإِنّها تَثبُتُ لواحدٍ ، فإِذا عَفا عَنْ بعضِها . . سَقَطَ الجميعُ .

فرعٌ : [عَفْوُ أَحدِ الشفيعينِ عَنْ حقِّهِ] :

إِذا كانَ للشِّقْصِ شفيعانِ ، فعَفا أَحدُهما عَنْ حقِّهِ منها ، ثُمَّ ماتَ الآخَرُ قَبلَ أَنْ يتمكَّنَ مِنَ الأَخْذِ ، والعافي وارثُهُ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : فللعافي أَنْ يأخذَ جميعَ الشِّقْصِ ؛ لأَنّهُ وإِنْ عَفا أَوّلَ مرَّةٍ ، فإِنَّما يأخذُ الآنَ الشِّقْصَ مِنْ وجهٍ غيرِ الوجهِ الذي عَفا عنهُ ، وهو بإِرثِهِ عَنْ شريكِهِ .

---

(١) في (م) : (فلا يَستحقونها) .

فهو كما لو قَتلَ رجلٌ أَباهُ عمداً ، فعُفِيَ عنهُ ، وقدْ كانَ قَتلَ هٰذا القاتلُ ٱبنَ أَخِ العافي ، فماتَ أَبُ المقتولِ ، والعافي وارثُهُ[1] .

وكما لو كانَ لمورِّثِهما علىٰ رجلٍ دينٌ ، فأَقاما شاهداً واحداً ، فنكَلَ أَحدُهما عَنِ اليمينِ ، وماتَ الآخَرُ ، وهٰذا وارثُهُ . . كانَ للوارثِ أَنْ[2] يَحلِفَ معَ الشاهدِ ، ويَستحِقُّ نصيبَ أَخيهِ دونَ نصيبِ نفسِهِ ؛ لأَنَّهُ أَبطلَ حقَّهُ بنكولِهِ ، بخلافِ الشُّفْعةِ ؛ لأَنَّها لا تَتبعَّضُ ، والدَّينُ يَتبعَّضُ .

مسأَلةٌ : [باع ثلاثة حصتهم من دار وبقي الرابع] :

إِذا كانتِ الدارُ بينَ أَربعةِ أَنفسٍ ، لكلِّ واحدٍ منهمْ رُبْعُها ، فباعَ ثلاثةٌ منهمْ أَملاكَهم مِنْ ثلاثةِ أَنفُسٍ ، كلُّ واحدٍ باعَ ملكَهُ إِلىٰ واحدٍ بعقدٍ في وقتٍ واحدٍ . . فللشفيعِ ـ وهوَ الشريكُ الرابعُ الذي لَمْ يَبِعْ ـ أَنْ يأخذَ أَيضاً مِنْ شُركائِهِ كلِّهِمْ بالشُّفْعةِ ، ولهُ أَنْ يأخذَ بعضَها دونَ بعضٍ ؛ لأَنَّهُ لا شفيعَ هاهُنا غيرُهُ ، فإِنْ عَفا عَنِ البعضِ ، وأَخَذَ البعضَ . . فليسَ لمنْ عَفا عنهُ أَنْ يشاركَهُ فيما يأخذُ ؛ لأَنَّ المشترينَ ملَكوا في وقتٍ واحدٍ .

وإِنْ باعَ أَحدُهمْ نصيبَهُ مِنْ رجلٍ ، ثُمَّ باعَ آخَرُ نصيبَهُ مِنْ ذٰلكَ الرجلِ ، ثُمَّ باعَ ثالثٌ نصيبَهُ مِنْ ذٰلكَ الرجلِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فللشريكِ الرابعِ الذي لَمْ يَبِعْ أَنْ يأخذَ مِنَ المشتري جميعَ الأَنصباءِ ؛ لأَنَّهُ لا شفيعَ سواهُ ، ولهُ أَنْ يأخذَ البعضَ دونَ البعضِ ، فإِنِ ٱختارَ أَخذَ الكلِّ دَفعةً واحدةً . . فلا كلامَ ، وإِنْ أَخَذَ الأَوَّلَ ، ولَمْ يَعلَمْ بالثاني ، ثُمَّ عَلِمَ بهِ ، وأَخَذهُ . . جازَ ، ولَمْ يشاركْهُ المشتري بالأَوَّلِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ الذي يَستحِقُّ بهِ الشُّفْعةَ قدْ زالَ بأخذِ الشريكِ له ، وليسَ لهُ مشاركتُهُ بالثالثِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ تجدَّدَ عليهِ بعدَ ثبوتِ الشُّفْعةِ في الثاني .

---

(١) تقرَّب صورة ذٰلك : بأن يقتل زيدٌ الابنُ أباه عمراً ، فيُحرم من الإرث ، ويرثه الجدُّ خالد مثلاً ؛ لأنه أبٌ للمقتول ، فلو كان زيدٌ قتل قبلُ سعيداً ابنَ عمِّ أبيه بَكرٍ ، ثم مات بكر أبو المقتول ، والجدُّ العافي عن القود خالدٌ وهو وارثه ، ثم إذا مات الجدُّ ولم يكن له وارث غير زيد . . فإنه يرثه ، والله أعلم .

(٢) في (م) : (فإن الوارث) .

وهٰكذا : إنْ أَخَذَ الأوَّلَ والثاني دَفعةً ، ولَمْ يَعلَمْ بالثالثِ ، ثُمَّ عَلِمَ بالثالثِ ، وأَخَذهُ . . لَمْ يشاركْهُ المشتري بالثالثِ لأَجلِ مِلكِهِ الأوَّلِ والثاني ؛ لأنَّ مِلكَهُ قد زالَ عنهما .

وإنْ عَفا عَنِ الأوَّلِ ، وأَخَذَ الثانيَ . . قالَ أَبو العبّاسِ : فللمشتري أَنْ يقاسِمَ الشَّفيعَ بالرُّبُعِ الثاني ، فيكونُ بينَهما نِصفَينِ ؛ لأَجلِ مِلكِهِ بالرُّبُعِ الأوَّلِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا يدلُّ علىٰ : أَنَّ ما حكاهُ أَصحابُنا عَنْ أَبي العبّاسِ ـ أَنَّهُ قالَ : إذا كانَ المشتري شريكاً . . لا يقاسِمُهُ الشَّفيعُ ـ : أَنَّهُ لا أَصلَ لهُ .

وهٰكذا : إنْ عَفا عَنِ الأوَّلِ والثالثِ ، وأَخَذَ الثاني ؛ لأنَّ مِلكَهُ علىٰ الثالثِ تجدَّدَ بعدَ ثبوتِ الشُّفْعةِ في الثاني .

وإنْ عَفا عَنِ الأوَّلِ والثاني ، وأَخَذَ الثالثَ . . فإنَّ المشتريَ يقاسِمُهُ في الثالثِ ؛ لأَجلِ مِلكِهِ للأوَّلِ والثاني . فإنْ قلنا : إنَّ الشُّفْعةَ تُقسَمُ علىٰ عَددِ الرؤوسِ . . ٱقتسما الثالثَ نِصفَينِ ، وإنْ قلنا : إنَّها تُقسَمُ علىٰ قَدرِ الأَملاكِ . . كانَ للمشتري ثلُثُ الرُّبُعِ الثالثِ ، وللشفيعِ ثلثاهُ[1] .

مسأَلةٌ : [ٱدِّعاءُ أَحدِ الشريكينِ الشفعة] :

إذا كانتْ دارٌ بينَ شريكينِ ، فٱدَّعىٰ أَحدُهما علىٰ شريكِهِ : أَنَّهُ ٱبتاعَ نصيبَهُ بثَمنٍ معلومٍ بعدَ أَنْ ملَكَ هوَ نصيبَهُ ، وأَنَّهُ يَستَحِقُّ أَخْذَهُ بالشُّفْعةِ ، وأَنكرَ المدَّعىٰ عليهِ ، بأَنْ قالَ : ما ٱبتعتُهُ ، وإنَّما ٱتَّهبتُهُ ، أَو وَرِثتُهُ ، أَو ٱشتريتُهُ ، ولا يَستحِقُّ عليَّ الشُّفْعةَ . . فإنْ أَقامَ المدَّعي بيِّنةً بما[2] ٱدَّعاهُ . . ثَبتتْ له الشُّفْعةُ ، وإنْ لَمْ يكنْ معَهُ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المدَّعىٰ عليهِ معَ يمينِهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱلبيِّنَةُ عَلىٰ ٱلْمُدَّعِي ، وَٱلْيَمِيْنُ عَلَىٰ ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ » . وكيفَ يَحلِفُ ؟ يُنظَرُ فيهِ :

فإنْ أَجابَ بأَنَّهُ لا يَستحِقُّ عليهِ الشُّفْعةَ . . فإنَّهُ يَحلِفُ : أَنَّهُ لا يَستحِقُّ عليهِ الشُّفْعةَ ،

---

(١) لعلَّ العبارة : ثلثا الربع الثالث ، وللشفيع ثلثه .
(٢) في نسخة : (ثم) .

ولا يُكلَّفُ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ ما ٱبتاعَ ؛ لأَنَّهُ قد يبتاعُ ويَستحِقُّ شريكُهُ الشُّفْعَةَ ، ثُمَّ يعفو ويَسقُطُ حقُّهُ ، فإِذا حلَّفناهُ : أَنَّهُ ما ٱبتاعَ . . ظلمناهُ ، وقدْ تُقدَّمُ[1] البيِّنةُ علىٰ عفوِ الشريكِ .

وإِنْ أَجابَ بأَنَّهُ ما ٱبتاعَ . . فهلْ يَجِبُ عليهِ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ ما ٱبتاعَ ، أَو يجوزُ لهُ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ لا يَستَحِقُّ عليهِ الشُّفْعَةَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ لهُ أَنْ يُحلِّفهُ : أَنَّهُ لا يَستحِقُّ عليهِ الشُّفْعَةَ ؛ لأَنَّهُ لو أَجابَ بذٰلكَ . . لكفاهُ ، فكذٰلكَ في اليمينِ .

والثاني : يَجبُ عليهِ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ ما ٱبتاعَ ؛ لأَنَّهُ لمّا أَجابَ بذٰلكَ . . عَلمنا أَنَّهُ يمكنُهُ الحَلفُ عليهِ .

فإِنْ حلَفَ المدَّعىٰ عليهِ . . لَمْ تَثبُتِ الشُّفْعةُ للمدَّعي ، وإِنْ نَكلَ المدَّعىٰ عليهِ عَنِ اليمينِ . . حلَفَ المدَّعي ، وٱستحقَّ الأَخْذَ بالشُّفْعةِ ، وفي الثَّمنِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يقالُ للمدَّعىٰ عليهِ : قد أَقرَّ لكَ بالثَّمنِ ، فإِمّا أَنْ تأخذَهُ منهُ ، أَو تُبرِئَهُ منهُ ، كما قالَ الشافعيُّ في (المكاتَبِ) : (إِذا حمَل إِلىٰ سيِّدِهِ نَجماً ، فقالَ السيِّدُ : هو مغصوبٌ . . فإِنَّ الحاكمَ يقولُ لهُ : إِمّا أَنْ تأخذَهُ ، وإِمّا أَنْ تُبرِئَهُ منهُ) .

والوجهُ الثاني : أَنَّ الثَّمنَ يُقَرُّ في يدِ المدَّعي ؛ لأَنَّهُ أَقرَّ بهِ لِمَنْ لا يدَّعيهِ ، كمَنْ أَقرَّ لرجلٍ بدارٍ لا يدَّعيها .

والثالث : أَنَّ الحاكمَ يأخذُ الثَّمنَ ويحفظُهُ إِلىٰ أَنْ يدَّعيَهُ واحدٌ منهما ؛ لأَنَّ مَنْ هوَ بيدِهِ . . نفىٰ أَنْ يكونَ مِلكاً لهُ ، ومَنْ أُقِرَّ لهُ بهِ . . لا يدَّعيهِ ، فيَحفظُهُ الحاكمُ إِلىٰ أَنْ يدَّعيَهُ أَحدُهما .

فإِنْ قالَ المُدَّعىٰ عليهِ : ٱشتريتُهُ لفلانٍ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ المُقَرُّ لهُ حاضراً . . سُئِلَ ، فإِنْ صدَّقَهُ . . كانَ الشِّراءُ لهُ ، والشُّفْعةُ عليهِ ، وإِنْ كذَّبَهُ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : كانَ الشِّراءُ للذي ٱشتراهُ ، وأُخِذَ منهُ بالشُّفْعةِ .

---

(١) في (م) : (تَعْدم) .

وإنْ كانَ المُقَرُّ لهُ غائباً . . أَخذَهُ الحاكمُ مِنَ المُقِرِّ ، ودَفعَهُ إلىٰ الشَّفيعِ ، وكانَ القادمُ علىٰ حُجَّتِهِ إذا قَدِمَ ؛ لأنّا إذا وَقفنا الأَمْرَ بالشُّفْعةِ إلىٰ حضورِ المُقَرِّ لهُ . . كانَ في ذٰلكَ إسقاطُ الشُّفْعةِ ؛ لأنَّ كلَّ مشترٍ يمكنُهُ أَنْ يدَّعيَ : أَنَّهُ اشتراهُ لغائبٍ .

وإنْ قالَ : اشتريتُهُ لابنِي الصغيرِ ، أَو لطفلٍ لهُ عليهِ ولايةٌ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ابنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : لا تَثبُتُ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّ المِلكَ يَثبُتُ للطفلِ ، ولا تَثبُتُ الشُّفْعةُ بإقرارِ الوليِّ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ إيجابَ حقٍّ في مالِ الصغيرِ بإقرارِ الوليِّ .

والثاني : تَثبُتُ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّهُ يَملِكُ الشِّراءَ لهُ ، فصَحَّ إقرارُهُ فيهِ ، كما يَصِحُّ في حقِّ نفسِهِ .

وإنْ قالَ المدَّعىٰ عليهِ : هٰذا الشِّقْصُ لفلانٍ الغائبِ ، أَو لفلانٍ الصغيرِ . . قالَ ابنُ الصبّاغِ : لَمْ يكنْ للشفيعِ الشُّفْعةُ إلىٰ أَنْ يَقْدَمَ[1] الغائبُ ، ويَبلُغَ الصغيرُ ، فيطالبَهما بذٰلكَ ، ولا يُسأَلُ عَنْ سببِ مِلكِ الغائبِ والصغيرِ ؛ لأنَّ إقرارَهُ بعدَ ذٰلكَ إقرارٌ في مِلكِ الغيرِ ، فلَمْ يُقبَلْ ، ويُخالِفُ إذا أَقرَّ بالشِّراءِ لهُما ابتداءً ؛ لأنَّ المِلكَ يَثبُتُ لهما بذٰلكَ الإقرارِ ، فيَثبُتُ جميعُهُ .

فإنْ قالَ المدَّعىٰ عليهِ للمدَّعي : ليسَ لكَ مِلكٌ في الدارِ . . فعلىٰ مُدَّعي الشُّفْعةِ أَنْ يُقيمَ البيِّنةَ : أَنَّهُ يَملِكُ شِقْصاً في الدارِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو يوسفَ : إذا كانَ في يدِهِ شيءٌ مِنَ الدارِ . . استحَقَّ بهِ الشُّفْعةَ ؛ لأنَّ الظاهرَ ممّا في يدِهِ أَنَّهُ مِلكُهُ .

دليلُنا : أَنَّ المِلكَ لا يَثبُتُ بمجرَّدِ اليدِ ، وإذا لَمْ يَثبُتِ المِلكُ المستحَقُّ بهِ الشُّفْعةُ . . لَمْ تَثبُتِ الشُّفْعةُ ، فإنْ أَرادَ المدَّعي : أَنْ يُحلِّفَ المدَّعىٰ عليهِ : أَنَّهُ لا يَعلَمُ لهُ شِركةً في الدارِ . . كانَ علىٰ المدَّعىٰ عليهِ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ لا يَعلَمُ أَنَّ لهُ مِلكاً في الدارِ ؛ لجوازِ أَنْ يخافَ مِنَ اليمينِ ، فيُقِرَّ ، وإنْ نَكَلَ عَنِ اليمينِ . . حلَفَ المدَّعي : أَنَّ لهُ مِلكاً في الدارِ ، وثبَتتْ شُفْعتُهُ .

---

(١) يقال قدِم ـ من باب تعِب ـ من سفره : رجع ، قُدُوماً ومقدَماً بفتح الدال .

فرعٌ : [ٱدّعاءُ أحدِ الشريكينِ ٱبتياعَ نصيبِ الغائبِ المودعِ] :

وإنْ كانتْ دارٌ في يدِ رجلينِ ، نِصفُها مِلكٌ لأحدِهما ، ونِصفُها الآخَرُ لغائبٍ ، وهو في يدِ الآخَرِ وديعةٌ ، فٱدَّعىٰ المالكُ علىٰ المودَعِ : أَنَّهُ ٱبتاعَ النِّصفَ مِنَ الذي أَودَعَهُ إيّاهُ ، وأنَّهُ يَستحِقُّ أخْذَهُ بالشُّفْعةِ ، وقالَ المدَّعىٰ عليهِ : ما ٱبتعتَهُ ، وإنَّما هو وديعةٌ ، فإنْ لَمْ يكنْ للمدَّعي بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المدَّعىٰ عليهِ معَ يمينِهِ ، وإنْ كانَ معَ المدَّعي بيِّنةٌ ، فأَقامها . . ثَبتتِ الشُّفْعةُ .

وإنْ أَقامَ كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً بما ذَكرهُ . . قالَ المُزنيُّ : قَضيتُ لهُ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ الإيداعَ لا ينافي البيعَ ؛ لأنَّهُ يمكنُ أَنْ يكونَ أَودَعهُ أَوَّلاً ، ثُمَّ ٱبتاعَهُ منهُ .

فإنْ قيلَ : هٰذا الذي ذكَرْتُمُوهُ إنَّما يمكنُ إذا كانتِ البيِّنتانِ مطلَقتَينِ ، أَو إحداهُما مطلقةً والأُخرىٰ مؤرَّخةً ، أَو كانتا مؤرَّختَينِ وبيِّنةُ الوديعةِ متقدِّمةٌ ، فأَمّا إذا كانتا مؤرَّختينِ وتاريخُ البيعِ سابقٌ . . كانَ متنافياً .

قالَ أَصحابُنا : لا تتنافيانِ أَيضاً ؛ لجوازِ أَنْ يكونَ البائِعُ غَصبها بعدَ البيعِ ، ثُمَّ ردَّها بلفظِ الإِيداعِ ، أَو ردَّها مطلقاً ، فظنَّ الشاهدانِ أَنَّها وديعةٌ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويُحتمَلُ أَنْ يكونَ البائعُ أَمسكَ الشِّقْصَ علىٰ ٱستيفاءِ الثَّمنِ ، ثُمَّ أَودَعهُ المشتري ، فصَحَّ إيداعُهُ ، ولا يكونُ ذٰلكَ إقباضاً عَنِ البيعِ ، أَلا تَرىٰ أَنَّهُ لو تَلِفَ . . كانَ مِنْ ضمانِ البائعِ ؟

قالَ المُزنيُّ في « الجامعِ الكبيرِ » : ولو أَقامَ الشَّفيعُ البيِّنةَ بالشِّراءِ ، وأَقامَ مَنْ بيدِهِ الشِّقْصُ البيِّنةَ : أَنَّهُ وَرِثَها . . تعارضَتِ البيِّنتانِ ؛ لأنَّ الشِّراءَ ينافي الميراثَ ، فتكونُ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : تَسقُطانِ .

والثاني : تُستعملانِ ، علىٰ ما يأتي في موضعِهِ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

قالَ أَبو العبّاسِ : فإنْ شَهدتْ بيِّنةُ الإِيداعِ : أَنَّهُ أَودَعهُ ما هو يَملِكُهُ ، وبيِّنةُ الشِّراءِ مطلقَةٌ . . كانتْ بيِّنةُ الإِيداعِ أَولىٰ ؛ لأنَّها صرَّحتْ بالمِلكِ ، ويُراسَلُ الغائبُ ، فإنْ

قالَ : هيَ وديعةٌ . . بطلَتْ بيِّنةُ الشِّراءِ بالمِلكِ ، وإنْ قالَ : لا مِلكَ لي فيها . . قُضيَ ببيِّنةِ الشِّراءِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا ينبغي إذا كانتْ بيِّنةُ الإيداعِ متأخِّرةً ، فإنْ صرَّحَتْ بيِّنةُ الشِّراءِ بالمِلكِ ، وأَطلقتْ بيِّنةُ الإيداعِ . . فبيِّنةُ الشِّراءِ أَولىٰ .

فرعٌ : [ادعاء الوكيل شراء شقص موكله] :

إذا كانتِ الدارُ بينَ ٱثنينِ ، وأَحدُهما غائبٌ ، ونصيبُهُ في يدِ وكيلِهِ ، فقالَ الوكيلُ : قدِ ٱشتريتُهُ منهُ . . فهلْ للحاضرِ أَخذُهُ منهُ بالشُّفْعةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ إقرارَ الوكيلِ لا يُقبَلُ في حقِّ موكِّلهِ ، فيكتُبُ الحاكمُ إلىٰ البلدِ الذي فيهِ الموكِّلُ ، فيسأَلُهُ عَنْ ذٰلكَ .

والثاني : لهُ أَخذُهُ بالشُّفْعةِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأنَّهُ أَقرَّ بحقٍّ لهُ مِمّا في يدِهِ ، ويذكرُ الحاكمُ ذٰلكَ في السِّجلِّ ، ويَنتظِرُ الغائبَ ، فإنْ قَدِمَ وصدَّقَهُ . . فلا كلامَ ، وإنْ أَنكرَ ، فإنْ قامتْ عليهِ بيِّنةٌ . . بَطلَ إنكارُهُ ، وإنْ لَمْ تَقُمْ عليهِ بيِّنةٌ . . حلفَ : أَنَّهُ ما باعَهُ ، ويَردُّ عليهِ النصيبَ ، وأُجرةَ مِثلِهِ ، وأَرشَ نقصٍ إنْ حدَثَ بهِ ، ولهُ أَنْ يَرجِعَ بهِ علىٰ الوكيلِ ، أَو علىٰ الشَّفيعِ .

فإنْ رَجعَ علىٰ الشَّفيعِ . . لَمْ يَرجِعْ بهِ الشَّفيعُ علىٰ الوكيلِ ؛ لأنَّ التلفَ حصَلَ بيدِهِ ، وفيهِ وجهٌ آخَرُ : أَنَّهُ يَرجِعُ عليهِ ؛ لأنَّهُ غرَّهُ . وإنْ رَجعَ علىٰ الوكيلِ . . رَجعَ بهِ الوكيلُ علىٰ الشَّفيعِ .

مسأَلةٌ : [ٱدِّعاءُ كلٍّ مِنَ الشريكينِ ٱبتياعَ نصيبِ شريكه] :

إذا كانت دارٌ بينَ رجلينِ ، فٱدَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ شريكِهِ : أَنَّهُ ٱبتاعَ[1] حِصَّتَهُ ، وأَنَّهُ يَستحِقُّ عليهِ أَخذَهُ بالشُّفْعةِ . . رُجِعَ إلىٰ أَيِّهما سبَقَ مِلكُهُ إليهما ، متىٰ مَلَكا .

---

(١) ابتاع : اشترىٰ ، والشراء من الأضداد ، مثل البيع .

فإنْ قالا : مَلَكناها في وقتٍ واحدٍ . . قلنا : لا شُفعةَ لأَحدِكما علىٰ الآخَرِ ؛ لأنَّ الشُّفعةَ تَثبُتُ بمِلكٍ سابقٍ ، وإنْ قالا : مَلَكناها في وَقتَينِ ، وٱدَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما : أنَّ مِلكَهُ هوَ السابقُ . . فلا يخلو : إمّا أنْ يكونَ معَ أَحدِهما بيِّنةٌ دونَ الآخَرِ ، أَو معَ كلِّ واحدٍ منهما بيِّنةٌ ، أَو لا بيِّنةَ معَ أَحدِهما .

فإنْ كانَ معَ أَحدِهما بيِّنةٌ تَشهَدُ لهُ بأَنَّ مِلكَهُ سابقٌ ، وأَنَّ الآخَرَ مِلكُهُ متأَخِّرٌ ، ولَمْ يكنْ معَ الآخَرِ بيِّنةٌ . . قُضيَ بالشُّفعةِ للذي شَهِدتْ[1] لهُ البيِّنةُ : أَنَّ مِلكَهُ سابقٌ .

وإنْ كانَ معَ كلِّ واحدٍ منهما بيِّنةٌ . . فإنْ كانتا مؤرَّختَينِ تأريخاً واحداً ، مثلَ : أَنْ تَشهَدَ بيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما : أَنَّهُ ٱشترىٰ نصيبَهُ في وقتٍ معيَّنٍ مِنْ يومٍ معلومٍ . . لَمْ يَستحِقَّ أَحدُهما علىٰ الآخَرِ شُفعةً ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ تُستَحَقُّ بالمِلكِ السابقِ ، ولَمْ يَثبُتْ أَنَّ مِلكَ أَحدِهما سابقٌ . وإنْ شَهدتْ بيِّنةُ أَحدِهما : أَنَّهُ ٱشترىٰ نصيبَهُ في رمضانَ ، وشَهِدَتْ بيِّنةُ الآخَرِ : أَنَّهُ ٱشترىٰ نصيبَهُ في شوّالٍ . . ثَبتتِ الشُّفْعةُ للمشتري في رمضانَ في الشِّقْصِ المشترىٰ في شوّالٍ . وإنْ كانتْ بيِّنةُ أَحدِهما مطلَقةً ، والأُخرىٰ مؤرَّخةً . . فهوَ كما لو لَمْ تكنْ بيِّنةٌ . وإنْ كانتا متعارضتينِ ، مِثلَ : أَنْ شَهِدتْ بيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما ، بأَنَّ مِلكَهُ سابقٌ لمِلكِ الآخَرِ . . ففيهما قولانِ :

أَحدُهما : تتعارضانِ وتَسقُطانِ ، ويصيرُ كما لو لَمْ يكنْ لأَحدِهما بيِّنةٌ .

والثاني : تُستعملانِ ، وفي الاستعمالِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : يُقرَعُ بينَهما . **فعلىٰ هٰذا** : مَنْ خرجَتْ لهُ القرعةُ[2] . . ثَبتَتْ لهُ الشُّفْعةُ .

والثاني : يُوقَفانِ ، فَتوقَفُ الشُّفْعةُ هاهُنا علىٰ ما يُبيَّن .

والثالث : يُقسَمُ بينَهما ، فإنْ كانَ نصيباهما متساويَينِ . . فلا فائدةَ في القِسْمةِ ، وإنْ كانا مختلفينِ ، مِثلَ : أَنْ كانَ لأَحدِهما الثلثُ ، وللآخَرِ الثلُثانِ . . قُسِمَتِ الدارُ بينَهما نِصفينِ .

---

(١) في نسخة : (ثبتت) .

(٢) القُرعة ـ اسم مأخوذ من تقارع القوم واقترعوا ـ : النصيب والحظ ، ويكون ذٰلك إذا ضربوا القُرعة بينهم على شيءٍ .

وإنْ لَمْ تكنْ لأَحدِهما بيِّنةٌ ، فإِنْ ترافعا إِلىٰ الحاكمِ ، وسبقَ أَحدُهما بالدَّعوىٰ . . لَزِمَ المُدَّعىٰ عليهِ الإجابةُ ، فإذا أنكرهُ . . فالقولُ قولُ المنكرِ معَ يمينِهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلْبَيِّنَةُ عَلَىٰ ٱلْمُدَّعِي ، وَٱلْيَمِينُ عَلَىٰ ٱلْمُنْكِرِ » .

وإنْ قالَ المدَّعىٰ عليهِ قَبلَ إجابتِهِ عَنْ دعوىٰ المدَّعي : أَنا أَستحِقُّ عليكَ الشُّفْعةَ . . قيلَ لهُ : قدْ سبَقكَ بالدَّعوىٰ ، فأَجِبْ أَوَّلاً عَنْ دعواهُ ، ثُمَّ ٱدَّعِ عليهِ إنْ شِئتَ ، فإنْ حلَفَ المدَّعىٰ عليهِ ، ثُمَّ ٱدَّعىٰ علىٰ المدَّعي : أَنَّهُ يَستحِقُّ أَخْذَ نصيبِهِ بالشُّفْعةِ . . فتجابُ[1] دعواهُ ، ثُمَّ القولُ قولُ المدَّعىٰ عليهِ مع يمينِهِ ؛ لِمَا ذكرناهُ . وإنْ أَقرَّ المدَّعىٰ عليهِ أَوَّلاً بالشُّفْعةِ للمدَّعي ، أَو نَكَلَ المدَّعىٰ عليهِ عَنِ اليمينِ ، وحلَفَ المدَّعِي الأوَّلُ . . ثَبَتَتْ لهُ الشُّفْعةُ في نصيبِ المدَّعىٰ عليهِ ، فإنْ أَخَذَهُ بالشُّفْعةِ ، ثُمَّ أَرادَ المدَّعىٰ عليهِ أَوَّلاً أَنْ يدَّعيَ علىٰ المدَّعي : أَنَّهُ يَستحِقُّ أَخْذَ نصيبِهِ بالشُّفْعةِ . . لَمْ تَصِحَّ دعواهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ له مِلكٌ يَستحِقُّ بهِ الشُّفْعةَ .

مسأَلةٌ : [ٱختلافُ الشفيعِ والمشتري في الثمنِ] :

وإنِ ٱختلفَ الشَّفيعُ والمشتري في الثَّمنِ ، فقالَ المشتري : ٱشتريتُهُ بأَلفٍ ، وقالَ الشفيعُ : بَلِ ٱشتريتَهُ بخَمسِ مئةٍ ، فإنْ كانَ معَ أَحدِهما بيِّنةٌ . . قُضيَ لهُ بها ، ولَمْ يُسمَعْ قولُ الآخَرِ ، ويُقبَلُ في ذٰلكَ شهادةُ رجلَينِ ، وشهادةُ رجلٍ وٱمرأَتينِ ، وشهادةُ رجلٍ ويمينُ المدَّعي ؛ لأَنَّها بيِّنةٌ علىٰ المالِ ، ولا تُقبَلُ في ذٰلكَ شهادةُ البائعِ ؛ لأَنَّهُ إنْ شَهِدَ للمشتري . . لَمْ يُقبَلْ ؛ لأَنَّهُ يَشهدُ في حقِّ نفسِهِ ، ولأَنَّهُ يريدُ إِثباتَ الثَّمنِ لنفسِهِ ، وإنْ شَهِدَ للشفيعِ . . لَمْ يُقبَلْ ؛ لأَنَّهُ يُثبِتُ لنفسِهِ منفعةً ؛ لأَنَّهُ يَنقُصُ بذٰلكَ الدَّرَكَ[2] عَنْ نفسِهِ إنْ خَرَجَ الشِّقْصُ مستحَقّاً . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : إذا شَهِدَ البائِعُ للشفيعِ ، فإنْ كانَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمنِ . . قُبِلَتْ شهادتُهُ ، وإنْ كانَ بعدَ قَبْضِ الثَّمنِ . . لَمْ تُقْبَلْ .

(١) في (م) : (صحت) ، وفي نسخة (فتجب) ؟ ! .
(٢) الدَرك : اللحوق ، وأدركه : لحقه .

وإِنْ أَقامَ كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً بما ذكرهُ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ الإسفراييني ـ : أَنَّ بيِّنةَ المشتري تُقدَّمُ ، كما تُقدَّمُ بيِّنةُ الداخلِ[1] علىٰ بيِّنةِ الخارجِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ القاضي أَبي حامدٍ ، وٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ـ : أَنَّهما يتعارضانِ ؛ لأنَّ بيِّنةَ الداخلِ إِنَّما تُقدَّمُ إِذا تنازعا اليدَ ، وهاهُنا تنازعا فيما وَقَع عليهِ العقدُ ، ولا مَزيَّةَ لإِحداهُما علىٰ الأُخرىٰ ، فتعارضتا .

قالَ : **فعلىٰ هٰذا** : تَسقُطانِ ويَصيرانِ كما لو لَمْ يكنْ معَ واحدٍ منهما بيِّنةٌ .

قالَ : ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يُقرَعُ بينَهما ، وهلْ يَحلِفُ مَنْ خَرَجتْ لهُ القُرْعَةُ ؟ فيهِ قولانِ ، يأتي ذِكرهُما في موضِعِهما .

وإِنْ لَمْ يكنْ معَ أَحدِهما بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ هٰذا ٱختلافٌ في قولِهِ ، وهوَ أَعلمُ بهِ ، ولأنَّ المِلكَ قد ثَبَتَ لهُ ، والشَّفيعُ يريدُ ٱنتزاعَهُ منهُ ، فَلَمْ يُنتزعْ منهُ إِلاَّ بما يُقِرُّ بهِ .

فرعٌ : [اختلفا في قيمة الشقص فيحلِّف] :

فإِنْ قالَ المشتري : ٱشتريتُ الشِّقْصَ بأَلفٍ ، فقالَ الشَّفيعُ : لا أَعلمُ هلِ ٱشتريتَهُ بأَلفٍ ، أَو أَقلَّ . . فهلْ للشفيعِ أَنْ يُحلِّفَ المشتريَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ أَنْ يُحلِّفَهُ حتّىٰ يُصرِّحَ : أَنَّهُ أَقلُّ مِنْ أَلفٍ ؛ لأنَّ اليمينَ لا تجبُ بالشكِّ .

والثاني : لهُ أَنْ يُحلِّفَهُ ؛ لأنَّ المشتريَ لا يَملِكُ ما ٱدَّعاهُ بمجرَّدِ الدعوىٰ .

فإِنْ قالَ المشتري : ٱشتريتُهُ بأَلفٍ ، فقالَ الشَّفيعُ : لَمْ تَشتَرِهِ بأَلفٍ ، وإِنَّما ٱشتريتَهُ بدونِ الأَلفِ . . فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلمُ بالعقدِ ، فإِنْ نَكَلَ عَنِ اليمينِ ، وَرُدَّتِ اليمينُ علىٰ الشَّفيعِ . . لَمْ يُحلَّفْ حتّىٰ يتبيَّنَ قدرَ الثَّمنِ .

---

(١) **الداخل** ، ويعني به : المدعي واضع اليد ، وهو عكس الخارج .

فرعٌ : [قَبول قول مشتري الشقص مع يمينه] :

وإنْ طالبَ الشَّفيعُ بالشُّفْعةِ ، فقالَ المشتري : لا أَعلمُ قدرَ الثَّمنِ الذي آشتريتُ بهِ ، وادَّعىٰ الشَّفيعُ : أَنَّهُ يَعرِفُهُ . . قالَ الشافعيُّ : (فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ ، فإذا حلَفَ . . سَقطتِ الشُّفْعةُ) . **وبهِ قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** .

وقالَ أَبو العبّاسِ : يقالُ للمشتري : إمّا أَنْ تَذكُرَ[1] قَدرَ الثَّمنِ ، وإلاَّ . . جعلناكَ ناكِلاً ، ورَدَدنا اليمينَ علىٰ الشَّفيعِ ؛ ليَحلِفَ[2] علىٰ مبلغِ الثَّمنِ ، ويَستحِقَّ أَخْذَ الشِّقْصِ بما حلَفَ عليهِ ، كما لوِ آدَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ أَلفَ درهمٍ ، فقالَ المدَّعىٰ عليهِ : لا أَدري قدرَ ما لَكَ عليَّ . . فإنَّهُ يقالُ لهُ : إمّا أَنْ تُبيِّنَ قدرَ ما لَهُ عليكَ ، وإلاَّ . . جعلناكَ ناكِلاً ، وَرَدَدنا اليمينَ علىٰ المدَّعي ، فحلَفَ وآستحقَّ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّ المشتريَ قدْ يكونُ صادقاً ، بأَنْ يشتريَ بثمنٍ معلومٍ ، ويَنسىٰ[3] قدرَهُ ، وقد يشتري بثمنٍ جُزافٍ ، فيكونُ البيعُ صحيحاً ، فإذا حلَفَ المشتري . . كانَ الثَّمنُ مجهولاً في حقِّ الشَّفيعِ ، ولَمْ يَصِحَّ أَخْذُهُ للشُّفْعةِ بهِ . ويخالفُ ما ذكرَهُ أَبو العبّاسِ ؛ لأنَّ هناكَ[4] لَمْ يُجبْ عَنِ الدَّعوىٰ ؛ فلذٰلكَ أَمرناهُ بالإجابةِ عنها ، وإلاَّ . . جعلناهُ ناكِلاً . وهاهُنا قد أَجابَ المشتري عَنِ الدَّعوىٰ ؛ لأنَّ الشَّفيعَ آدَّعىٰ الشِّراءَ ، وأَنَّهُ يَستحِقُّ أَخْذَهُ بالشُّفْعةِ ، وقدْ أَقرَّ لهُ المشتري بذٰلكَ ، إلاَّ أَنَّهُ آدَّعىٰ الجهالةَ بقدْرِ الثَّمنِ ، وقد يمكنُ صِدقُهُ .

وإذا لَمْ يَعلَمْ قدرَ الثَّمنِ . . لَمْ تَثبُتْ لهُ الشُّفْعةُ . فوِزانُهُ مِنْ هٰذهِ المسأَلةِ : أَنْ يقولَ المشتري : لا أَعرفُ أَنِّي آشتريتُ الشِّقْصَ ، أَو لا أَعرفُ أَنَّ لكَ الشُّفْعةَ . . فيُقالُ لهُ هاهُنا : أَجبْ عَنِ الدَّعوىٰ ، وإلاَّ . . جعلناكَ ناكِلاً .

---

(١) في نسخة : (تعرِّف) .
(٢) في (م) : (فيحلف) .
(٣) في (م) : (فنسي) .
(٤) أي : في مثال أبي العباس .

فرعٌ : [اختلفا في قيمة العرض بدل الشقص] :

وإنِ ٱشترىٰ الشِّقْصَ بعَرْضٍ ، وتَلِفَ العَرْضُ ، وٱختلفا في قيمتهِ . . فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ في قدرِ قيمتهِ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ مِلكٌ لهُ . . فلا يُنتزَعُ إلاَّ بِما يُقِرُّ بهِ .

مسألةٌ : [قَبول قول المشتري] :

وإنْ أَقرَّ المشتري : أَنَّهُ ٱشترىٰ الشِّقْصَ بأَلفٍ ، فأَخذَ منهُ الشَّفيعُ بالألفِ ، ثُمَّ قالَ البائعُ : إنَّما بِعتُهُ إيّاهُ بألفينِ . وصادَقَهُ المشتري علىٰ ذٰلكَ ، أَو أَنكرهُ وأَقامَ عليهِ البائعُ البيِّنةَ بذٰلكَ . . لَزِمَ الألفانِ علىٰ المشتري ، وَلا يَلزَمُ ذٰلكَ علىٰ الشَّفيعِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إذا قامتِ البيِّنةُ بذٰلكَ . . لزِمَ ذٰلكَ علىٰ الشَّفيعِ) .

دليلُنا : أَنَّ المشتريَ إذا أَقرَّ : أَنَّهُ ٱشتراهُ بأَلفٍ . . تعلَّقَ بذٰلكَ حقُّ الشَّفيعِ ، فإذا رَجعَ المشتري . . لَمْ يُقبَلْ في حقِّ الشَّفيعِ ، كما لو أَقرَّ لهُ بحقٍّ ، ثُمَّ رَجعَ عنهُ . وأَمّا البيِّنةُ : فلأَنَّهُ تقدَّمَ إقرارُهُ بتكذيبِها ، ولأَنَّهُ يَعترِفُ أَنَّ البيِّنةَ ظلمتْهُ ، فلا يَرجِعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلمَهُ .

فرعٌ : [قَبول قول البينة والشهادة علىٰ عفو الشفعة] :

وإنِ ٱدَّعىٰ المشتري علىٰ الشَّفيعِ : أَنَّهُ عفا عنِ الشُّفْعةِ ، وأَنكرَ الشَّفيعُ ، فإنْ كانَ هناكَ بيِّنةٌ . . حُكِمَ بها ، ويُقبَلُ في ذٰلكَ شهادةُ رجلينِ ، ورجلٍ وٱمرأَتينِ ، ورجلٍ ويمينٍ[1] ؛ لأنَّ المقصودَ بهِ المالُ ، وإنْ لَمْ تكنْ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ الشَّفيعِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ العفوِ .

فإنْ شهدَ عليهِ البائعُ بالعفوِ . . فحكىٰ ٱبنُ الصبّاغِ عنِ ٱبنِ القفّالِ : أَنَّهُ قالَ : إنْ شهدَ بذٰلكَ قَبلَ قبضِ الثَّمنِ مِنَ المشتري . . لَمْ تُقبَلْ شهادتُه ؛ لأنَّهُ يَجُرُّ بهٰذهِ الشهادةِ

---

(١) أي : صاحب الدعوىٰ .

إِلىٰ نفسِهِ نفعاً ، وهوَ أَنْ يُفلِسَ المشتري ، فيَرجِعَ الشِّقْصُ إِليهِ ، وإِنْ كانَ بعدَ أَنْ قبضَ الثَّمنَ مِنَ المشتري . . قُبِلَتْ شهادتُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يَجُرُّ بها إِلىٰ نفسِهِ نفعاً ، ولا يدفعُ بها ضرراً .

وإِنْ شَهِدَ السيِّدُ علىٰ مكاتَبِهِ بالعفوِ عَنِ الشُّفعةِ . . قُبِلتْ شهادتُهُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ شهادةٌ عليهِ . وإِنْ شهدَ بالشِّراءِ فيما لمكاتَبِهِ فيهِ الشُّفْعةُ . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : قُبِلتْ شهادتُهُ .

فرعٌ : [قَبول شهادة بعض الشركاء لأَجنبي بعفو شريكهم عن الشفعة] :

وإِنْ كانتْ دارٌ بينَ أَربعةٍ ، فباعَ أَحدُهمْ نصيبَهُ مِنْ أَجنبيٍّ ، فٱدَّعىٰ المشتري علىٰ أَحدِهِمْ : أَنَّهُ عفا عَنِ الشُّفْعةِ ، وشهدَ عليهِ شريكاهُ بالعفوِ ، فإِنْ كانا قدْ عَفَوَا عَنِ الشُّفْعةِ . . قُبِلتْ شهادتُهما ؛ لأَنَّهما لا يَجُرّانِ بها إِلىٰ أَنفسِهما نفعاً ، ولا يدفعانِ عَنْ أَنفسِهما بها ضرراً ، وإِنْ كانا لَمْ يعفُوا . . لَمْ تُقبَلْ شهادتُهما ؛ لأَنَّهما يَجُرّانِ إِلىٰ أَنفسِهما ٱستحقاقَ جميعِ الشِّقْصِ .

فرعٌ : [القول قول ورثة المشتري مع أَيمانهما] :

ذَكَر ٱبنُ الحدّادِ : إِذا ثَبَتَتْ لهُ الشُّفْعةُ في شِقْصٍ ، فماتَ قَبلْ أَنْ يتمكَّنَ مِنَ الأَخذِ ، ولهُ وَارِثانِ ، فٱدَّعىٰ المشتري : أَنَّهما قد عَفَوَا عَنِ الشُّفْعةِ ، ولا بيِّنةَ لهُ . . فالقولُ قولُهُما معَ أَيمانِهِما ، فإِنْ حَلَفا . . سَقَطتْ دعوىٰ المشتري ، وأَخذا الشِّقْصَ بالشُّفْعةِ . وإِنْ نكلا عَنِ اليمينِ . . حَلَفَ المشتري ، وسَقَطتْ شُفعتُهما . وإِنْ حَلَفَ أَحدُهما ونَكَلَ الآخَرُ . . لَمْ يَحلِفِ المشتري معَ نُكولِ الناكلِ منهُما ؛ لأَنَّهُ لا يستفيدُ بيمينِهِ شيئاً ؛ لأَنَّهُ إِذا ثبتَ بيمينِهِ عفوُ الناكلِ . . أَخذَ الحالفُ جميعَ الشِّقْصِ ، فلا معنىٰ ليمينِ المشتري .

فعلىٰ هٰذا : يُرجَعُ إِلىٰ الشريكِ الحالفِ ، فإِنْ صدَّقَ شريكَهُ أَنَّهُ لَمْ يعفُ . . كانتِ الشُّفْعةُ بينَهما . وإِنِ ٱدَّعىٰ : أَنَّ شريكَهُ قد عفا . . حَلَفَ يميناً باللهِ : أَنَّ شريكَهُ قد عفا ، وأَخذَ جميعَ الشِّقْصِ ، وإِنْ لَمْ يَحلِفِ الشريكُ الحالفُ علىٰ عفوِ شريكِهِ . . كانَ الناكلُ

علىٰ حقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ قدْ ثبتَتْ لهُ ، ولا يثبُتُ عفوُهُ إلاَّ ببيِّنةٍ ، أو إقرارٍ منهُ ، أو بيمينِ المدَّعي معَ نُكولِ الشَّفيعِ ، فإذا لَمْ يوجَدْ شيءٌ مِنْ ذٰلكَ . . كانَ علىٰ حقِّهِ مِنَ الشُّفْعةِ ، كما لوِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ مالاً ، فٱعترفَ بهِ المدَّعىٰ عليهِ ، وٱدَّعىٰ علىٰ المُقَرِّ لَهُ : أنَّهُ أبرأَهُ منهُ . . فالقولُ قولُ المُقَرِّ لَهُ معَ يمينِهِ : أنَّهُ لَمْ يُبْرِئْهُ ، فإنْ حَلَفَ . . ثَبَتَ الحقُّ ، ولَمْ تثبُتِ البراءَةُ ، وإنْ نَكَلَ المُقَرُّ لهُ عَنِ اليمينِ . . رُدَّتِ اليمينُ علىٰ المُقِرِّ المدَّعي للبراءةِ ، فإنْ حَلَفَ . . ثبتَتِ البراءَةُ ، وإنْ لَمْ يحلفْ . . وَجبَ عليهِ ما أَقرَّ بهِ ، فكذٰلكَ هاهُنا مِثلُهُ .

مسألةٌ : [ثبوت حق الشفعة بالبينة واليمين] :

إذا كانتْ دارٌ بينَ رجلينِ ، فٱدَّعىٰ أحدُهُما : أنَّهُ باعَ نصيبَهُ مِنْ زيدٍ ولَمْ يَقبِضْ منهُ الثمنَ ، وصدَّقَهُ شريكُهُ ، وأنكرَ زيدٌ الشِّراءَ ، فإنْ كانَ معَ البائعِ بيِّنةٌ بالبيعِ . . وجبَ علىٰ زيدٍ تسليمُ الثَّمنِ ، وأَخذَ الشَّفيعُ الشِّقْصَ منهُ بالشُّفْعةِ . وإنْ لَمْ يكُنْ معَ البائعِ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ زيدٍ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الشِّراءِ ، وهلْ تثبُتُ للشريكِ الشُّفْعةُ ؟ ٱختلفَ أصحابُنا فيه :

فقال المزنيُّ ، **وأكثرُ أصحابِنا** : تثبُتُ لهُ الشُّفْعةُ . وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ، وأَحمدَ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا تثبُتُ لهُ الشُّفْعةُ . وحُكِيَ ذٰلكَ عنِ أَبي العبّاس ، وهوَ قولُ مالكٍ .

ووجهُهُ : أَنَّ الشُّفْعةَ فرعٌ علىٰ البيعِ ، فإذا لَمْ يَثبُتِ البيعُ . . لَمْ تَثبُتِ الشُّفْعةُ .

والأوَّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّ البائعَ أَقرَّ للمشتري بالشِّراءِ ، وللشفيعِ بالشفعةِ ، فإذا بَطَلَ حقُّ المشتري بِرَدِّهِ . . لَمْ يَبْطُلْ حقُّ الشَّفيعِ ، كما لو أَقرَّ لاثنينِ بحقٍّ ، فكذَّبَهُ أَحدُهما ، وصدَّقَهُ الآخَرُ .

فإنْ قلنا : لا تثبُتُ الشُّفْعةُ . . فللبائعِ مخاصمةُ المشتري ، وعَرضُ اليمينِ عليهِ ، فإنْ حَلَفَ . . سَقَطتِ الدَّعوىٰ ، وإنْ نَكَلَ . . حَلَف البائعُ . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ويثبُتُ البيعُ والشُّفْعةُ .

وإنْ قلنا : تَثبُتُ الشُّفْعةُ . . نُظِرَ في البائعِ : فإنْ رَضيَ بتسليمِ الشِّقْصِ إلىٰ الشَّفيعِ ، وأَخْذِ الثَّمنِ منهُ . . جازَ ، وكانتِ العُهدةُ للشفيعِ في الشِّقْصِ علىٰ البائعِ ؛ لأَنَّهُ منهُ أَخذَهُ ، وإليهِ دَفَعَ الثَّمنَ .

وإنِ ٱختارَ البائعُ أَنْ يطالبَ المشتريَ بقبضِ المبيعِ ، وتَسليمِ الثَّمَنِ . . فهلْ لهُ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يحصُلُ لهُ الثَّمنُ مِنَ الشَّفيعِ ، فلا معنىٰ لمخاصمتِهِ للمشتري .

فعلىٰ هٰذا : يُسلَّمُ الشِّقْصُ إلىٰ الشَّفيعِ ، ويُؤخَذُ منهُ الثَّمنُ ، وتكونُ العُهدةُ للشَّفيعِ علىٰ البائعِ .

فإنْ قيلَ : أَليسَ لوِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ ديناً ، فقالَ لهُ رَجلٌ : أَنا أَدفعُ إليكَ الدَّينَ الذي تدَّعيهِ عليهِ ، ولا تخاصِمْهُ ، لَمْ يَلزَمْهُ قَبُولُهُ ؟ فما الفرقُ علىٰ هٰذا ؟

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فالفرقُ بينَهما : أَنَّ عليهِ مِنَّةً في قَبولِ الدَّينِ مِنْ غيرِ مَنْ هوَ عليهِ ، بخلافِ هٰذا .

والوجه الثاني : أَنَّ للبائعِ مخاصمةَ المشتري ؛ لأَنَّهُ قدْ يكونُ المشتري أَسهلَ في المعاملةِ عندَ الرجوعِ بالعُهدةِ .

فعلىٰ هٰذا : لو حلَفَ المشتري . . سقَطتْ دعوىٰ البائعِ عنهُ ، ودَفعَ الشِّقْصَ إلىٰ الشَّفيعِ ، وأَخَذَ منهُ الثَّمنَ ، وكانتِ العُهدَةُ عليهِ للشفيعِ . وإن نَكَل المشتري عَنِ اليمينِ . . حَلَفَ البائعُ : لقدْ باعَهُ إيّاهُ ، وثبَتَ الشِّراءُ والشُّفْعةُ ، ولزِمَ المشتريَ تسليمُ الثَّمنِ إلىٰ البائعِ ، وكانتِ العُهدةُ للمشتري علىٰ البائعِ ، والعُهدَةُ للشفيعِ علىٰ المشتري .

فإنْ كانتْ بحالِها ، فٱدَّعىٰ البائعُ : أَنَّهُ باعَ منهُ نصيبَهُ ، وقَبَضَ منهُ الثَّمنَ ، وأَنكرَ المشتري ذٰلكَ ، وصدَّقَ الشَّفيعُ البائعَ . . فهلْ تَثبُتُ الشُّفْعةُ هاهُنا ؟

مَنْ قالَ مِنْ أَصحابِنا في المسأَلةِ قَبْلَها : لا تثبُتُ الشُّفْعةُ[١] . . فهاهُنا أَولىٰ أَنْ لا تَثبُتَ .

وَمَنْ قالَ منهمْ في التي قَبلَها : تَثبُتُ الشُّفْعةُ . . ٱختلفوا في هٰذه :

فذهبَ أَكثرُهُم إِلىٰ : أَنَّ الشُّفْعةَ لا تَثبُتُ هاهُنا ؛ لأَنّا لو قلنا : إِنَّها تَثبُتُ . . لأَدّىٰ إِلىٰ أَنْ يأخُذَها الشَّفيعُ بغيرِ عِوَضٍ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ دَفعُ الثَّمنِ إِلىٰ المشتري ؛ لأَنَّهُ ينكرُ الشِّراءَ ، ولا إِلىٰ البائعِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَقرَّ بالاستيفاءِ ، فلَمْ يبقَ إِلاَّ القولُ بأَنَّ الشُّفْعةَ لا تَثبُتُ .

ومنهم مَنْ قالَ : تَثبُتُ الشُّفْعةُ هاهُنا ؛ للمعنىٰ الذي ذكرناهُ في المسأَلةِ قَبْلَها .

فإِذا قلنا بهٰذا : فما الذي يُصنَعُ بالثَّمنِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، مضىٰ ذكرُها :

أَحدُها : يقالُ للمشتري : إِمّا أَنْ تأخذَهُ ، وإِمّا أَنْ تُبْرِىءَ منهُ .

والثاني : يَقبِضُهُ الحاكمُ ، ويَحفَظُهُ إِلىٰ أَنْ يَدَّعيَهُ أَحدُهُما .

والثالث : يُتركُ في ذِمَّةِ الشَّفيعِ .

مسأَلةٌ : [في بيانِ ما يَمنَعُ الشَّفيعَ مِنْ أَخذِ الشِّقْصِ بالشُّفْعةِ] :

وذٰلكَ في مواضعَ :

أَحدُها : أَنْ يَشتريَ رَجلٌ مِنْ رَجلٍ شِقْصاً يساوي مئةً بأَلفٍ ، ثُمَّ يأخُذُ البائعُ مِنَ المشتري عِوَضاً يساوي مئةً ، فربَّما لا يَرضىٰ الشَّفيعُ أَنْ يأخذَ شِقْصاً يساوي مئةً بأَلفٍ ، إِلاَّ أَنَّ الغَرَر هاهُنا علىٰ المشتري .

الموضعُ الثاني : أَنْ يشتريَ بائعُ الشِّقْصِ مِمَّنْ يُريدُ أَنْ يبيعَ منهُ الشِّقْصَ جاريةً تساوي مئةً بأَلفٍ ، ثُمَّ يُعطيَهُ عنِ الأَلفِ الشقصَ ، وهوَ يساوي مئةً ، فإِنْ أَرادَ الشَّفيعُ أَنْ يَشفعَ . . لَزِمَهُ الأَلفُ ، إِلاَّ أَنَّ الغَرَر هاهُنا علىٰ بائعِ الشِّقْصِ .

---

(١) لأَنها فرع علىٰ البيع كما سلف .

الموضعُ الثالثُ : أَنْ يشتريَ منهُ شِقْصاً يساوي مئةً بأَلفٍ ، فيَقبِضَ منهُ مئةً ويَتفرَّقا ، ويُبرِئَهُ عَنْ تسعِ مئةٍ ، وفي هٰذا غَرَرٌ علىٰ المشتري .

الموضعُ الرابعُ : إذا كانَ الشِّقْصُ يساوي مئةً ، بأَنْ يهبَ منهُ مالِكُ الشِّقْصِ نصفَهُ ، ويُقبِضَهُ إيّاهُ ، ثُمَّ يَبيعَهُ نِصفَهُ بمئةٍ ، فإنِ ٱختارَ الشَّفيعُ الشُّفْعةَ . . أَخَذَ نِصفَ الشِّقْصِ بمئةٍ ، وشاركَهُ الموهوبُ أَيضاً بما وقعتْ فيهِ الهبةُ .

الموضعُ الخامسُ : أَنْ يهبَ منهُ الشِّقْصَ ، وَيهبَ منهُ الثَّمنَ .

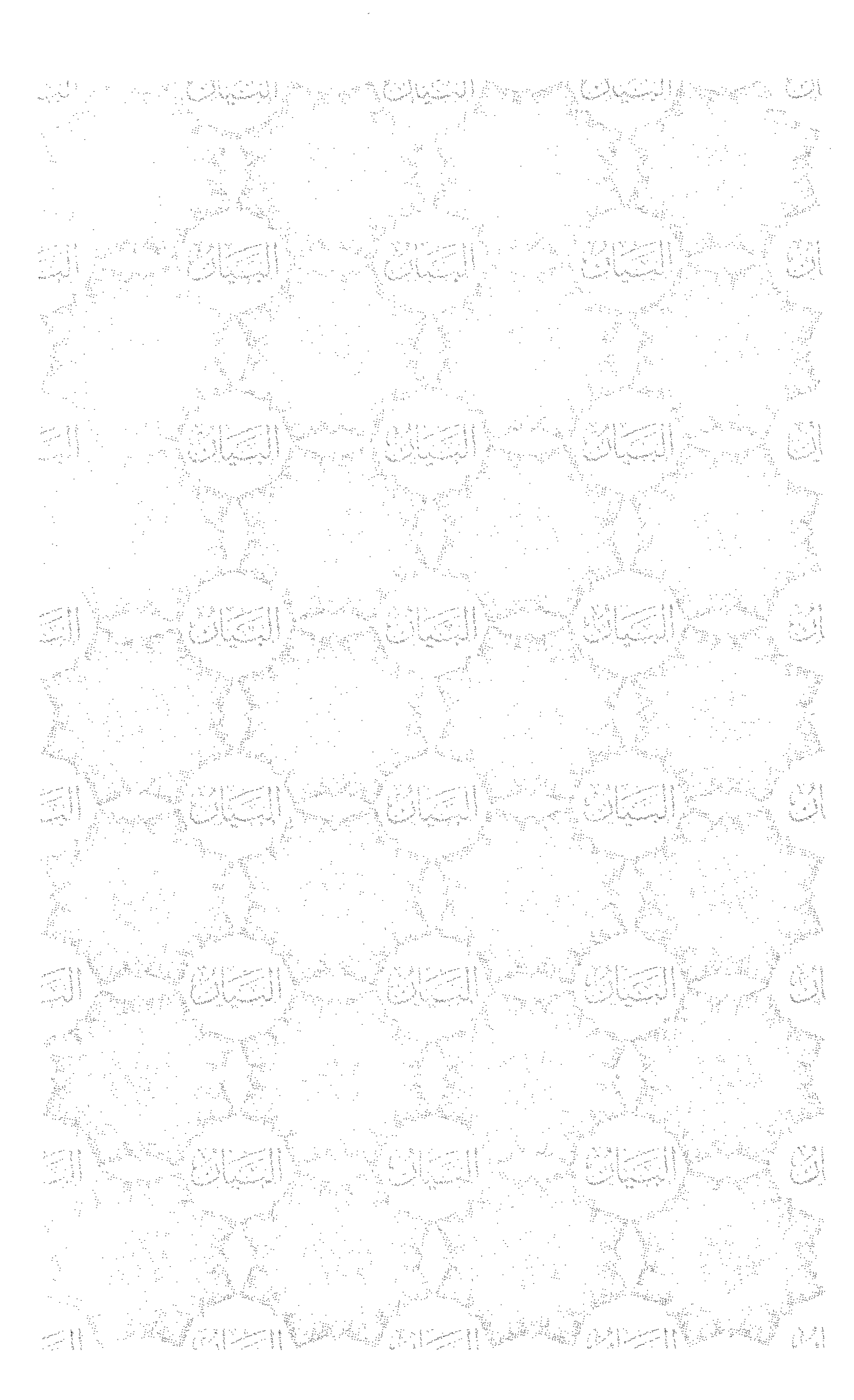
الموضعُ السادسُ : أَنْ يَشتريَهُ بثمنٍ جُزافٍ شاهَدَهُ ، بأَنْ يشتريَهُ بملءِ كفَّيهِ دَراهمَ ، وَلا يَعلَمُ عددَها ، فالبيعُ صحيحٌ . فإِذا طالبَهُ الشَّفيعُ بالشُّفْعةِ . . حلَفَ المشتري : أَنَّهُ لا يَعلَمُ قدْرَ الثَّمنِ ، ولَمْ تَثبُتِ الشُّفْعةُ علىٰ قولِ الشافعيِّ رحمهُ اللهُ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *



كتاب القرض



كتاب القراض

القِرَاضُ[١] والمُضارَبَةُ[٢] : ٱسمانِ لِمعنىً واحدٍ ، وهوَ أَنْ يَدفعَ مالَهُ إِلىٰ رجلٍ ليتَّجِرَ بهِ ، ويكونَ الرِّبحُ بينَهما علىٰ ما يشترطانهِ ، ورأسُ المالِ لربِّ المالِ ، وأَهلُ الحجازِ يُسمُّونَ هٰذا العقدَ : قِراضاً . وٱختُلِفَ في ٱشتقاقهِ :

فقيلَ : إِنَّهُ مشتقٌّ مِنَ القَرْضِ ، وهو القَطْعُ ، يُقالُ : قَرضتُ الطريقَ ، أَي : قطعتُها ، وقَرَضَ الفأرُ الثَّوبَ ، أَي : قطَعهُ ، فكأَنَّ ربَّ المالِ ٱقتطعَ للعاملِ قِطعةً مِنْ مالِهِ ، أَو قَطَعَ لهُ قِطعةً مِنَ الرِّبحِ .

---

(١) القِرَاض ـ بكسر القاف ـ : المشاركة والمعاملة ، ويسمَّىٰ أَيضاً : المقارضة ، وهٰذه ألفاظ تستعمل في هٰذا العقد ، ويقال : قارضت فلاناً وقرضته : إِذا ساببتَهُ وقطعت عرضه بالسب ، ومنه قوله ﷺ ـ في حديث أسامة بن شريك عند ابن ماجه (٣٤٣٦) في الطب ـ : « عبادَ الله ، وضع الله الحرج إلا من اقترض من عرض أخيه شيئاً ، فذاك الذي حَرِج » .

قال البوصيري في « زوائد ابن ماجه » : إسناده صحيح . حرج : حرم ، يريد إلا من سبَّ عرض امرىء مسلم بسوء قوله .

وأجاز الشارع القراض ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة : ٢] . وهٰذا عموم في المعاملات لوجود الحاجة إليها ، ولتحقُّق المصلحة فيها لكلٍّ من صاحب المال والعامل فيه ؛ لأن الدِّين يرعىٰ المصالح ويقرُّها .

قال ابن حزم في « مراتب الإجماع » ـ كما في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٧) ـ : كلُّ أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض ، فما وجدنا له أصلاً البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي نقطع به أنه كان في عصره ﷺ ، فعلم به وأقرَّه ، ولولا ذٰلك لما جاز . وعليه العمل من عصر الصحابة ومن بعدهم ، وهلم جرّا .

(٢) المضاربة : وهي لغة أهل العراق ، واحتجُّوا له بقوله تبارك وتعالىٰ : ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل : ٢٠] . وضرب : سافر ، والمضارب : العامل . وسميت هٰذه الشركة بذٰلك ؛ لأن العامل يضرب بالمال الذي أخذه من صاحبه ، فيسير ويبطش ليقلبه متصرفاً ومتّجراً فيه ، ويكون الربح بينهما علىٰ ما اتَّفقا واصطلحا ، والوضيعة علىٰ المال . =

وقيلَ : إِنَّهُ مشتقٌّ مِنَ المساواةِ ، يُقالُ : تَقارضَ الشاعرانِ[١] : إِذا ساوىٰ كلُّ واحدٍ منهُما الآخَرَ بشِعرهِ في المدحِ أَوِ الذَّمِّ .

وحُكيَ عَنْ أَبي الدَّرداءِ : أَنَّهُ قالَ : (قارضِ الناسَ ما قارضوكَ ، فإِنْ تركتَهم لَمْ يتركوكَ)[٢] . يريدُ : ساوِهِمْ .

فالمتقارضانِ متساويانِ ؛ لأَنَّ أَحدَهُما يبذُلُ المالَ ، والآخَرَ يتصرَّفُ فيهِ ، ويُحتمَلُ أَنْ يكونَ ذٰلكَ لاشتراكِهما في الرِّبحِ . فالمُقارضُ ـ بكسرِ الراءِ ـ : هو ربُّ المالِ ، و ـ بفتحِها ـ : هو العاملُ .

وأَمَّا المضارَبةُ : فاشتقاقُها مِنَ الضربِ بالمالِ ، أَو التقليبِ ، وقيلَ : هو من ضربِ كلِّ واحدٍ منهما في الرِّبحِ بسهمٍ ، فالمضارِبُ ـ بكسرِ الراءِ ـ : هوَ العاملُ ؛ لأَنَّهُ هوَ الذي يَضرِبُ في المالِ ، ولَمْ يُشتقَّ لربِّ المالِ مِنهُ اسمٌ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فالقِراضُ جائزٌ ، **والأَصلُ فيهِ** : إِجماعُ الصحابةِ[٣] ، رويَ ذٰلكَ عَنْ

---

(١) **تقارضا الشعر** : إذا تناشداه وتبادلاه وتكافآ فيه ، ويقال : يتقارضان الثناء .

(٢) أورده عن أبي الدرداء ابن الأثير في « النهاية » (٤/ ٤١) ، ونسبه للهروي بلفظ : « إن قارضت الناس . . قارضوك » ، وقال : أي إن ساببتهم ونلت منهم سبُّوك ، ونالوا منك ، وهو فاعَلْت من القرض .

(٣) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٣٠) : وأجمعوا علىٰ أن القراض بالدنانير والدراهم جائز . وقال في « رحمة الأمة » « ص/ ٣٣٩ » : اتفق الأئمة علىٰ جواز المضاربة . وقال الصنعاني في « سبل السلام » (٣/ ٦٧) : لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض . وقال الشوكاني في « نيل الأوطار » (٥/ ٢٨٢) : والذي يقطع به أنه كان في عصر النبي ﷺ ، فعلم به وأقرَّه ؛ وذٰلك لما أخرج عن حكيم بن حزام البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١١١) : (أنه كان يدفع المال مقارضة إلىٰ الرجل ، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد ، ولا يبتاع به حيواناً ، ولا يحمله في بحر ، فإن فعل شيئاً من ذٰلك . . فقد ضمن ذٰلك المال) . قال البيهقي : فإذا تعدىٰ أمره ضمنه من فعل ذٰلك . وذكره الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٧) ، وقال : بسند قوي . وعن أبي هريرة أخرج عبد الرزاق في « المصنف » (١٥١١٥) : (إذا اشترط عليه رب المال أن لا ينزل بطن واد ، فنزله ، فهلك . . فهو ضامن) .

وعن قتادة روىٰ عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٠٩٤) في البيوع ، باب : نفقة المضارب ووضيعته ، ولفظه : نفقة المقارض علىٰ المال .

عثمانَ[١] ، وعليٍّ[٢] ، وٱبنِ مسعودٍ[٣] ، وحكيمِ بنِ حزامٍ .

ورَوىٰ الشافعيُّ : (أَنَّ عبدَ اللهِ وعُبيدَ اللهِ ٱبني عمرَ بنِ الخطَّابِ خرجا في جيشٍ إِلىٰ العراقِ ، فتسلَّفا مِنْ أَبِيْ موسىٰ الأَشعريِّ ـ وهو عاملٌ لعمرَ ـ مالاً ، فٱبتاعا بهِ متاعاً ، وقدِما بهِ المدينةَ ، فباعاهُ ورَبحا ، فقالَ عمرُ رضيَ اللهُ عنهُ : أَكُلَّ الجيشِ أَسلفَ كما أَسلفكُما ؟ قالا : لا . فقالَ عمرُ : ٱبنا أَميرِ المؤمنينَ فأَسلفكُما ، أَدِّيا المالَ ورِبحَهُ . فسكتَ عبدُ اللهِ ، وراجعَهُ عُبيدُ اللهِ ، وقالَ : يا أَميرَ المؤمنين ، لو هلكَ المالُ . . ضَمِنَّاهُ ، فلِمَ لا يكونُ رِبحُهُ لنا ؟ فقالَ رجلٌ : يا أَميرَ المؤمنينَ ، لو جعلتَهُ قِراضاً ؟ فقالَ : قدْ جعلتُهُ قِراضاً ، فأَخذَ منهما رأسَ المالِ ، ونِصفَ الرِّبحِ)[٤] . فدلَّ علىٰ : أَنَّ القِراضَ كانَ مستفيضاً في الصحابةِ .

فإِنْ قيلَ : إِذا تسلَّفا المالَ مِنْ أَبي موسىٰ . . فكيفَ تحتجُّونَ بذٰلكَ علىٰ القِراضِ ؟

---

(١) ذكر أثر عثمان ذي النورين من طريقِ العلاء بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن جده مالكٌ في « الموطأ » (٢/ ٦٨٨) ، وابن سعد في « الطبقات » (٣/ ٦٠) بلفظ : (أن عثمان بن عفان أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه علىٰ أن الربح بينهما) . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٧٤) : صحيح .

(٢) أخرج عن علي المرتضىٰ عبد الرزاق في « المصنف » (١٥١١٣) : (من قاسم الربح . . فلا ضمان عليه) ، وذكره في « موسوعة فقه علي » (ص/ ٥٤٨) .

(٣) أخرج أثر ابن مسعود أبو يوسف في « اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ » (ص/ ٣٣) : (أنه أعطىٰ زيد بن خليدة مالاً مضاربة) .

ومعلوم أيضاً من كتب السيرة مضاربته ﷺ للسيدة خديجة بنت خويلد قبل البعثة والزواج وبعده . انظر « السيرة النبوية » لابن كثير (١/ ٢٦٢) .

(٤) أخرجَ خبر الفاروق عمر عن أسلم مالك في « الموطأ » (٢/ ٦٨٧ ـ ٦٨٨) ، والشافعي من طريق مالك في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٩٣) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٦٣) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١١٠) في القراض . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٦) : وإسناده صحيح . قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٧٤) : فهٰذا دليل علىٰ اشتهار القراض عندهم ، وجريانه بينهم ، ولو لم يكن في ذٰلك إلا فعل عمر . . لكان كافياً ؛ لقوله ﷺ : « اقتدوا باللّذين من بعدي أبي بكر وعمر » . رواه عن حذيفة أحمد في « المسند » (٥/ ٣٨٢) ، والترمذي (٣٦٦٣) وحسنه ، وابن ماجه (٩٧) .

قلنا : موضعُ الحُجَّةِ منهُ ، قولُ الرَّجلِ لعمرَ : لو جعلتَهُ قِراضاً ؟ ولَمْ يُنكِرْ عليهِ عمرُ ولا غيرُهُ القِراضَ .

فإنْ قيلَ : فإذا كانا قدْ تسلَّفا ذٰلكَ مِنْ أَبي موسىٰ وٱبتاعا بهِ متاعاً . . فقدْ مَلَكا المالَ وربحَهُ . . فكيفَ ساغَ لعُمرَ أَنْ يجعلَهُ قِراضاً ، ويأخذَ منهما نِصفَ الرِّبحِ ؟

فتأوَّلَ أَصحابُنا ذٰلكَ ثلاثَ تأويلاتٍ :

أَحدُها ـ وهوَ تأويلُ أَبي العبّاسِ ـ : أَنَّ أَبا موسىٰ كانَ قدِ ٱجتمعَ عندَهُ مالٌ لبيتِ المالِ ، وأَرادَ أَنْ يُنفِذَهُ[١] إِلىٰ المدينةِ ، فخافَ عليهِ حَرَزَ[٢] الطَّريقِ ، فأَقرضَهما ذٰلكَ المالَ ليكونَ في ذمَّتِهما أَحوطَ لبيتِ المالِ ، وقدْ مَلَكا المالَ وربحَهُ ، إلاَّ أَنَّ عُمرَ أَرادَ أَنْ يَنفعَ المسلمينَ ، فٱستدعاهُما ، وٱستطابَ أَنفُسَهُما في نِصفِ الرِّبحِ . وللعاملِ أَنْ يفعلَ كفعلِ أَبي موسىٰ إذا خافَ علىٰ المالِ .

و[**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : كانَ الطريقُ آمناً ، وإِنَّما أَقرضَهُما أَبو موسىٰ ليَتقرَّبَ بهِ إِلىٰ قلبِ عُمرَ ، فلمّا تصرَّفا في المالِ ورَبِحا . . كانَ ذٰلكَ الرِّبحُ كلُّه مِلكاً للمسلمينَ ، وٱستحقّا أُجرةَ المِثلِ ، وبلَغتْ أُجرتُهما نِصفَ الرِّبحِ ، ولهٰذا رُويَ عَنْ عمرَ : أَنَّهُ قالَ : (كأَنِّي بأَبي موسىٰ وهوَ يقولُ : ٱبنا أَميرِ المؤمنينَ) .

و[**الثالثُ**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : كانَ أَبو موسىٰ أَقرضَهما ذٰلكَ المالَ ، ثُمَّ قارَضَهُما بعدَ ذٰلكَ ، فخلَطَا الرِّبحَ الذي حَصَلَ منهُ ، فٱستطابَ عمرُ أَنفُسَهما عَنْ نِصفِ الرِّبحِ .

والأَوّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا يجوزُ إِجارَتُهما للتِّجارةِ ، فَجُوِّزَ عقدُ القِراضِ عليهِما ، كالنَّخلِ لمّا لَمْ يَجُزْ إِجارتُها لتُستَغلَّ . . جازَ عقدُ المُساقاةِ عليها ، والأَرضِ لمّا جازتْ إِجارَتُها لتُستَغَلَّ . . لَمْ تَجُزْ عقدُ المخَابرةِ عليها .

---

(١) **يُنفِذه** ، يقال : أنفذ الكتاب إلىٰ فلان : أرسله ، والأمر : قضاه ، والعهد : أمضاه .

(٢) **الحِرْزُ** ـ بالكسر ـ : الموضع الحصين ، والحَرَزُ ـ بالتحريك ـ : الخطرُ ، والجمع أحْراز ، كأخطار .

مسألةٌ : [القراض في أنواع المال] :

ويجوزُ القِراضُ علىٰ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ ، قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : وهوَ إجماعٌ لا خلافَ فيهِ بينَ أهلِ العِلمِ ، فأمّا ما سِواهُما مِنَ الأموالِ ممّا لهُ مِثلٌ ، كالحبوبِ والأدهانِ ، أو ممّا لا مِثلَ لهُ ، كالثِّيابِ والعبيدِ . . فلا يجوزُ عقدُ القِراضِ عليها ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، **وعامَّةُ أهلِ العِلمِ** .

وقالَ الأوزاعيُّ ، وابنُ أبي ليلىٰ : (يجوزُ القِراضُ علىٰ ذٰلكَ كلِّه ، فإنْ كانَ المالُ لهُ مِثلٌ . . رَدَّ العاملُ مِثلَهُ ، وإنْ لَمْ يكنْ لهُ مِثلٌ . . رَدَّ قيمتَهُ) .

دليلُنا : أنَّ القِراضَ موضوعٌ علىٰ أنْ يأخذَ ربُّ المالِ رأسَ المالِ ، ويَشترِكا في الرِّبحِ ، ولا يُشارِكُ العاملُ ربَّ المالِ في رأسِ المالِ ، ولا يَستبِدُّ رَبُّ المالِ برأسِ المالِ والرِّبحِ ، والقِراضُ علىٰ العُروضِ يُفضي إلىٰ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ إذا قارَضَه علىٰ مَا لَهُ مِثلٌ ، كأنْ يُقارِضَهُ علىٰ كُرِّ طعامٍ يساوي مئةَ درهَمٍ ، فقدْ يتصرَّفُ فيهِ ، فيبلغُ المالُ ألفاً ، فإذا تفاضلا . . فقدْ يغْلو[1] الطعامُ ، فلا يؤخذُ الكُرُّ إلاَّ بالألفِ ، فيَستبِدُّ ربُّ المالِ في جميعِ الرِّبحِ ، وقَدْ تكونُ قيمةُ الكُرِّ يومَ القِراضِ ألفاً ، فيبيعُهُ العاملُ بألفٍ ، ولا يتصرَّفُ فيهِ ، ثُمَّ يتفاضلانِ ، وقَدْ رَخُصَ الطعامُ ، فصارَ الكُرُّ بمئةٍ ، فيشتري لهُ العاملُ الكُرَّ بمئةٍ ، ويشاركُهُ بتِسعِ مئةٍ ، وهيَ مِنْ رأسِ المالِ .

وإنْ قارَضَهُ علىٰ ما لا مِثلَ لَهُ ، وتفاضلا . . احتاجَ أنْ يَردَّ قيمتَهُ ، فإنْ شَرَطَا أنْ تُردَّ قيمتُهُ يومَ المفاضلةِ . . كانَ باطلاً مِنْ وجهينِ :

أحدُهما : أنَّ قيمتَهُ يومَئذٍ مجهولةٌ ، والقراضُ علىٰ المجهولِ لا يجوزُ .

والثاني : أنَّهُ يُفضي إلىٰ الفسادِ الذي ذكَرناهُ في ذواتِ الأمثالِ .

وإنِ اشترَطا أنْ تُردَّ قيمتُهُ يومَ القِراضِ . . أفضىٰ أيضاً إلىٰ الفسادِ ؛ لأنَّهُ قَدْ يدفعُهُ وقيمتُهُ مئةٌ ، فيتركُهُ في يدِهِ ، فتزيدُ قيمتُه ، فتبلُغُ ألفاً ، ثُمَّ يبيعُ ، ويتفاضلانِ ، فيدفعُ إليهِ مئةً ، ويشاركُهُ العاملُ بالباقي ، ويشاركُهُ برأسِ المالِ . وقد يدفعُه وقيمتُه ألفٌ ،

---

(١) يغلو ـ من غلا السعرُ ـ : إذا ارتفع ، ويتعدى بالهمزة ، فيقال : أغلى الله السعر .

فيبقىٰ ذٰلكَ في يدِهِ ، فتنقُصُ قيمتُهُ ، فتصيرُ مئةً ، ثُمَّ يتصرَّفُ ويبيعُ ، فيَبلغُ المالُ أَلفاً ، فإذا تفاضلا . . ٱحتاجَ أَنْ يدفعَ إِليهِ جميعَ ذٰلكَ ، فيَستبدُّ ربُّ المالِ بالرِّبحِ ، ومَا نافىٰ العقدَ . . أَبطلَهُ ، بخلافِ الدراهمِ والدنانيرِ ، فإِنَّهما وإِنْ كانتْ قيمتُهما تزيدُ وتنقُصُ ، إلاَّ أَنَّهما لا يُقوَّمانِ بغيرِهما . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢٠] : هلْ يَصِحُّ القِراضُ علىٰ ذواتِ الأَمثالِ ؟ فيهِ وجهانِ .

فرعٌ : [صحة المضاربة بمعلوم علىٰ النصف] :

قالَ الطبريُّ : ولَوْ قالَ : خُذ ما شئتَ مِنْ مالي مضاربةً بينَنا علىٰ النِّصفِ ، فأَخذَ الدراهمَ . . صحَّ تصرُّفُهُ فيهِ[1] ، ولا يكونُ قِراضاً ، خلافاً لأَبي حنيفةَ .

دليلُنا : أَنَّ العقدَ وقعَ علىٰ غيرِ مُعيَّنٍ ولا معلومٍ ، فهوَ كما لو قالَ : علىٰ ما ورِثتُ مِنْ أَبي ، وإِنْ أَخذَ شيئاً مِنَ العُروضِ ، فتصرَّفَ فيها . . فهلْ يَصِحُّ تصرُّفُهُ بها ؟ فيهِ وجهانِ .

قالَ الطبريُّ : ولو قالَ : خذْ هٰذهِ الأَلفَ مضاربةً علىٰ النِّصفِ ، فأَخَذهُ ولَمْ يتكلَّمْ . . لَمْ تَصِحَّ المضاربةُ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ .

دليلُنا : أَنَّهُ لَمْ يوجَدْ مِنْ أَحدِهما لفظٌ في عقدِ المضاربةِ ، وهو مِنْ أَهلِهِ ، كما لو لَم يتكلَّمْ ربُّ المالِ .

فرعٌ : [بطلان القراض بمغشوش] :

ولا يجوزُ القِراضُ علىٰ دراهمَ ولا دنانيرَ مغشوشةٍ ، سواءٌ كانَ الغِشُّ أَقلَّ مِنْ الذهبِ والفضَّةِ أَو أَكثرَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانَ الغِشُّ أَكثرَ . . لَمْ يَصِحَّ ، وإِنْ كانَ أَقلَّ . . صحَّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ نقدٌ مغشوشٌ ، فلَمْ يَصِحَّ القِراضُ عليهِ ، كما لو كانَ الغِشُّ أَكثرَ .

---

(١) أي : في المال .

فرعٌ : [القراض بغير المال] :

وإِنْ قارضَهُ علىٰ سَبيكةٍ[1] . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ، كما لا يَصِحُّ القِراضُ علىٰ العُروضِ .

وإِنْ قارضَهُ علىٰ فُلوسٍ . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ .

وقالَ محمَّدٌ : القياسُ أَنْ لا يجوزَ ، إلاَّ أَنِّي أُجوِّزُهُ ٱستحساناً .

دليلُنا : أَنَّ الفُلوسَ ليستْ بنقدٍ غالبٍ ، فلَمْ يَصِحَّ القِراضُ عليها ، كالثِّيابِ .

فإِنْ دفعَ إِلىٰ رجلٍ غَزْلاً ، وقالَ : ٱنسُجْهُ علىٰ أَنْ تبيعَهُ ، وتدفعَ إِليَّ قيمةَ الغَزْلِ ، ويكونَ الباقي بينَنا . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ القِراضَ موضوعٌ علىٰ أَنْ يتصرَّفَ العاملُ في رَقبةِ المالِ وعينِهِ ، وهاهُنا لَمْ يمكِّنْهُ مِنْ التصرُّفِ في رَقبةِ المالِ وعينِهِ ، وإِنَّما يتصرَّفُ في منفعتهِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، ولأَنَّهُ قد تزيدُ قيمةُ الغَزْلِ وقدْ تَنقصُ ، فيُفضي إِلىٰ الفسادِ الذي ذكرناهُ في القِراضِ علىٰ العُروضِ ، فإِنْ نَسجَ العاملُ الغَزْلَ . . كانَ الثوبُ مِلكاً لصاحبِ الغَزْلِ ، وعليهِ للعاملِ أُجرةُ عملِهِ ؛ لأَنَّهُ عملَ ليُسلَّمَ لهُ المشروطَ ، ولَمْ يسلَّمْ لهُ ، فٱستَحقَّ أُجرةَ عملِهِ .

وإِنْ دَفعَ إِليهِ شَبَكةً ، وقالَ : ٱصطدْ بها ، وما رَزقَ اللهُ مِنْ صيدٍ كانَ بينَنا . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لِما ذكرناهُ : مِنْ أَنَّ مقتضىٰ القِراضِ أَنْ يتصرَّفَ العاملُ في رَقبَةِ رأسِ المالِ ، وإِنَّما يتصرَّفُ هاهُنا في منفعتِهِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا ٱصطادَ العاملُ صيداً . . كانَ الصيدُ مِلكاً لَهُ ؛ لأَنَّهُ حَصلَ بفعلهِ ، وعليهِ أُجرةُ مِثلِ الشبكةِ لمالِكها ؛ لأَنَّهُ بَذلَ منفعتَها بعِوَضٍ ، ولَمْ يسلَّمْ لَهُ ، فٱستَحقَّ أُجرتَها .

وإِنْ دَفعَ إِلىٰ رجلٍ بهيمةً ، وقالَ : أَكرِها ، وما حصلَ مِنْ ذٰلكَ كانَ بينَنا . . لَمْ

---

(١) السبيكة : كتلة مصبوبة علىٰ صورة معلومة من الذهب أو الفضة ، وقد تطلق علىٰ كل قطعة متطاولة من أي معدن كان .

يَصِحَّ القِراضُ ؛ لِمَا ذكرناهُ في الشَّبكةِ ، فإنْ أكراها العاملُ . . كانَ الكِراءُ لمالكِ البهيمةِ ، وعلىٰ مالكِ البهيمةِ أُجرةُ مِثلِ العاملِ ، والفَرقُ بينَ الشَّبكةِ والبهيمةِ : أَنَّ عَمَلَ العاملِ علىٰ البهيمةِ تابعٌ لعملِ البهيمةِ ، فكانتِ الأُجرةُ لمالكِها ، والعملُ علىٰ الشَّبكةِ للعاملِ ، والشَّبكةُ تَبعٌ للعاملِ .

فإنْ دَفَعَ إليهِ ثوباً ، وقالَ : بِعهُ ، فإذا نضَّ[1] ثمنُهُ فقدْ قارضتُكَ عليهِ . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ، وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ قِراضٌ معلَّقٌ علىٰ شرطٍ ، فلَمْ يَصِحَّ ، ولأَنَّ ما يباعُ بهِ الثوبُ مِنَ الثَّمنِ مجهولٌ ، والقِراضُ علىٰ المجهولِ لا يَصِحُّ .

وإنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ الدَّيْنِ الذي لي علىٰ فلانٍ ، فاْقبِضْهُ ، وتصرَّفْ بهِ . . لَمْ يَصِحَّ ، فإنْ فَعلَ الأَجيرُ ذٰلكَ . . كانَ لَهُ أُجرةُ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ عَمِلَ بعِوَضٍ ، ولَمْ يُسلَّمْ لَهُ العِوَضُ ، وأَمّا قَدْرُ الأُجرةِ : فقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢٠] : يُنظرُ فيهِ :

فإنْ قالَ : قارضتُكَ عليهِ لتَقبِضَ وتتصرَّفَ . . فلَهُ أُجرةُ المثلِ للتقاضي والقبضِ والتصرُّفِ .

وإنْ قالَ : إذا قَبَضتَ ، فقدْ قارضتُكَ . . فليسَ لَهُ إلاَّ أُجرةُ مِثلِ التصرُّفِ .

مسأَلةٌ : [يشترط في القراض معرفة قدر المال] :

ولا يَصِحُّ القِراضُ إلاَّ علىٰ مالٍ معلومٍ ، فإنْ قَارَضَهُ علىٰ دراهمَ جزافٍ لا يعلمانِ عددَها ووزنَها . . لَمْ يَصِحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ ، فإنِ اْتَّفَقا علىٰ قَدْرِ رأسِ المالِ ، وإلاَّ كانَ القولُ قولَ العاملِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنِ الغَرَرِ) ، وفي القِراضِ علىٰ مالٍ لا يعرفانِ قَدْرَهُ غَرَرٌ ؛ لأَنَّهُ لا يَدري إلىٰ ماذا يَرجِعُ رَبُّ المالِ عندَ المفاضلةِ .

---

(١) نضَّ : تحول عيناً بعد أن كان متاعاً .

فرعٌ : [تعيين مال القراض] :

وإنْ قَدَّمَ إليهِ أَلفَ دينارٍ ومئةَ درهمٍ ، وقالَ : قارضتُكَ علىٰ أحدِهما . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يمنعُ صِحَّةَ العقدِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو باعَهُ أَحدَ العبدينِ .

وإنْ دَفعَ إليهِ كِيسينِ في كلِّ واحدٍ منهما مئةُ درهمٍ ، وقالَ : قارضْتُكَ علىٰ أَحدِهما ، وأَودعتُكَ الآخرَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّهما متساويانِ .

والثاني : لا يَصِحُّ كما لا يَصِحُّ مثلُ ذٰلكَ في البيعِ[1] .

وإنْ كانَ عندَهُ لهُ دراهمَ وديعةً ، فقارضَهُ عليها . . صحَّ ، كما لو دفعَ إليهِ مالاً وقارضَهُ عليهِ .

وإنْ كانَ غصبَ منهُ دراهمَ وقارضَهُ عليها . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ مقبوضٌ مِنْ تحتِ يدِهِ ، فصحَّ ، كالوديعةِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ مالَ الغصبِ مضمونٌ عليهِ ، ومالَ القِراضِ أَمانةٌ عندَهُ ، وهُما متنافيانِ . **والأوّلُ أَصحُّ** ؛ لأنَّ هٰذا[2] يَبْطُلُ بمَنْ رهنَ الغاصبَ العينَ المغصوبةَ ، فإذا قلنا : يَصِحُّ ، واشترىٰ العاملُ بهِ شيئاً ، وسلَّمَ المالَ المغصوبَ إلىٰ البائعِ . . بَرِئَ مِنَ الضمانِ ؛ لأنَّهُ سلَّمَهُ بإذنِ مالكِهِ .

فرعٌ : [يجوز للولي المقارضة في مال القاصر] :

يجوزُ لوليِّ الطفلِ والمجنونِ ، كالأبِ ، والجدِّ ، والوصيِّ ، والحاكمِ الأمينِ مِنْ قِبَلِهِ ، أَنْ يُقارِضَ علىٰ مالِ الصغيرِ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱبْتَغُوْا فِيْ أَمْوَالِ ٱلْيَتَامَىٰ لاَ تَأْكُلْهَا ٱلزَّكَاةُ » .

---

(١) لأنه لم يبيِّن مال القراض من مال الوديعة .

(٢) أي : القول بأنه لا يصحُّ . قال النواوي في « الروضة » (٤/ ١٩٩) : ولو كانت غصباً . . صحَّ علىٰ الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب ، وعلىٰ هٰذا لا يبرأ من ضمان الغصب ، كما في الرهن .

ورُوِيَ : (أَنَّ عُمَرَ رضيَ اللهُ عنهُ قارضَ علىٰ مالِ اليتيمِ)[١] ، ولأنَّ عَقْدَ القِراضِ يُطلَبُ بهِ نَماءُ المالِ . . فجازَ للوليِّ فِعلُهُ ، كالبيعِ .

مسأَلةٌ : [شرط بيان حصة كلٍّ من العامل وصاحب رأس المال من الربح] :

ولا يَصِحُّ القِراضُ إلاَّ بشرطِ أَنْ يبيِّنا الرِّبحَ ؛ لأَنَّهُ هوَ المقصودُ بالقِراضِ .

فإِنْ قَارضَهُ علىٰ مالٍ ، علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ بينَهما نِصفينِ . . صحَّ ذٰلكَ ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ ساقىٰ أَهلَ خيبرَ علىٰ شطرِ ما يخرجُ مِنها مِنْ ثَمرٍ وزرعٍ)[٢] . والقِراضُ بمعنىٰ المساقاةِ ، فإِنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ بيننَا . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : مِن أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مجهولٌ ؛ لأَنَّهُ لا يعلمُ هلْ يكونُ الرِّبحُ بينَهما أَثلاثاً ، أَو نِصفينِ ، فلَمْ يَصِحَّ .

و[**الثاني**] : قالَ أَبو العبّاسِ : يَصِحُّ ، ويكونُ الرِّبحُ بينَهما نصفينِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الإِضافةَ تقتضي التسويةَ ، فهوَ كما لو قالَ : هٰذهِ الدارُ لزيدٍ[٣] وعَمْرٍو .

وإِنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا المالِ ، علىٰ أَنَّ لي نِصفَ الرِّبحِ ، وسكتَ عمّا للعاملِ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو العبّاسِ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الرِّبحَ كلَّهُ لرَبِّ المالِ ، وإِنَّما يملِكُ العاملُ شيئاً منهُ بالشَّرطِ ، ولَمْ يَشْرِطْ لهُ شيئاً .

و[**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يَصِحُّ ، ويكونُ الرِّبحُ بينَهما نِصفينِ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ القِراضِ أَنَّ الرِّبحَ لهُما ، فإِذا شَرَطَ رَبُّ المالِ لنفسِهِ نصفَ الرِّبحِ . . كانَ الباقي للعاملِ .

---

(١) أخرج خبر عمر الفاروق مالك في « الموطأ » (٢/ ٦٨٧) ، وفيه : (ليعمل به مضاربة في العراق) .

(٢) سلف بألفاظ متقاربة عن ابن عمر عند مسلم (١٥٥١) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٨) .

(٣) في (م) : (بين زيد) .

والأوَّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّ المُزَنيَّ نقلَ عَنِ الشافعيِّ في (المساقاةِ) : (إذا قالَ : خُذْ هٰذا مُساقاةً ، علىٰ أَنَّ ليَ النصفَ . . لَمْ يَصِحَّ) .

وإنْ قالَ رَبُّ المالِ : قارضتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ نِصفَ الرِّبحِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُبيِّنْ ما لنفسهِ .

و**[الثاني]** : قالَ أَبو العبّاسِ : يَصِحُّ ، ويكونُ الرِّبحُ بينَهما نِصفينِ . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّ الرِّبحَ كلَّهُ لرَبِّ المالِ بحقِّ المِلكِ ، وإِنَّما العاملُ يملِكُ شيئاً منهُ بالشرطِ ، فإذا شَرَطَ للعاملِ[1] بعضَهُ . . كانَ الباقي لرَبِّ المالِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ ثلثَ الرِّبحِ ، وليَ النصفَ ، وسكتَ عنِ السُّدُسِ . . كانَ لرَبِّ المالِ ثلثا المالِ ، وللعاملِ ثلثُهُ .

قالَ أَبو العبّاسِ : وإنْ دفعَ إليهِ أَلفاً ، وقالَ : خذ هٰذا قِراضاً علىٰ النصفِ ، أَو علىٰ الثلثِ ، أَو علىٰ غيرِ ذٰلكَ . . صحَّ ، وكانَ ذٰلكَ تقديراً لنصيبِ العاملِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّ الشرطَ لهُ ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ يستحِقُّهُ بالملكِ ، والعاملَ يستحِقُّهُ بالشرطِ ، فإنِ ٱختلفا ، فقالَ العاملُ : شَرَطتَهُ لي ، وقالَ رَبُّ المالِ : شَرَطتُ ذٰلكَ لنفسي . . كانَ القولُ قولَ ربِّ المالِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ معَهُ . وإنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ شَرِكَةً في الرِّبحِ أَو شِرْكاً فيهِ . . لَمْ يَصِحَّ .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ : يكونُ لهُ نصفُ الرِّبحِ .

وقالَ أَصحابُ مالكٍ : يكونُ لهُ مضاربةُ المِثلِ .

دليلُنا : أَنَّ ذٰلكَ مجهولٌ ؛ لأَنَّ الشِّركَ[2] يقعُ علىٰ القليلِ والكثيرِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو قالَ : علىٰ أَنَّ لكَ سهماً في الرِّبحِ .

---

(١) في نسخة : (شرط شيئاً منه للعامل) .

(٢) الشرك : الشركة والاشتراك .

فرعٌ : [تعيين مقدار الربح لكلٍّ] :

وإنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا المالِ ، علىٰ أَنَّ لكَ ثلثَ الرِّبحِ ، وما بقيَ مِنَ الرِّبحِ فليَ منهُ الثلثُ ، ولكَ الثلثانِ . . صحَّ ، فيكونُ للعاملِ سبعةُ أَتساعِ الرِّبحِ ، ولرَبِّ المالِ تُسعاهُ[1] .

وإنْ دفعَ رجلٌ إلىٰ رجلينِ مالاً ، وقالَ : قارضتُكما عليهِ ، علىٰ أَنْ يكونَ ليَ نصفُ الرِّبحِ ، ولكُما النصفُ . . صحَّ ؛ لأنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ في حكمِ العقدينِ ، فهو كما لو أَنَّ رَبَّ المالِ عقدَ معَ واحدٍ القِراضَ ، علىٰ أَنَّ الرِّبحَ بينَهما نِصفينِ . . لصحَّ ، ويكونُ نصفُ الرِّبحِ بينَ العاملينِ نصفينِ ؛ لأنَّ الإضافةَ تقتضي التسويةَ .

وإنْ قالَ : قارضتُكُما علىٰ أَنْ يكونَ لي نِصفُ الرِّبحِ ، والنصفُ الآخَرُ لأَحدِكما منهُ الثلثُ ، وللآخَرِ الثلثانِ . . صحَّ ، وحُمِلَ علىٰ ما شُرِطَ .

وإنْ دَفَعَ رجلانِ إلىٰ رجلٍ أَلفَ درهمٍ بينَهما نصفينِ ، وشَرَطا أَنَّ لهُ نِصفَ الرِّبحِ ، ولهما نِصفَ الرِّبحِ بينَهما نِصفينِ . . صحَّ ذٰلكَ ، وإنْ شَرَطا أَنَّ لَهُ نِصفَ الرِّبحِ ، والنصفُ الآخَرُ لأَحدِهما ثلثُهُ ، وللآخَرِ ثلثاهُ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهما متساويانِ في المالِ ، فلا يجوزُ شَرطُ تفاضُلِهما فيما بقيَ لهما مِنَ الرِّبحِ ، وإنْ قالا : قارضناكَ علىٰ أَنْ يكونَ لكَ نِصفُ الرِّبحِ ، تستحقُّ ثلثَهُ مِنْ نصيبِ عَمْرٍو ، وثلثيهِ مِنْ نصيبِ زيدٍ ، ويكونَ لعَمْرٍو ثلثا النصفِ الآخَرِ ، ولزيدٍ ثلثَهُ . . صحَّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ عَمْراً شَرَطَ له ثُلثَ نصيبِهِ ، وشَرَطَ لهُ زيدٌ ثلثي نصيبِهِ ، فصحَّ ، وإنْ قالا : علىٰ أَنَّ لكَ نِصفَ الرِّبحِ ، ثلثُهُ مِنْ نصيبِ عَمْرٍو ، وثلثاهُ مِنْ نصيبِ زيدٍ ، ثُمَّ يكونُ النصفُ الآخَرُ بينَ زيدٍ وعَمْرٍو نِصفينِ . . لَمْ يَصِحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو ثورٍ : (يَصِحُّ) .

---

(١) تفرض أصل المسألة من العدد تسعة ، فيكون للعامل ثلاثة من تسعة ، وباقي المبلغ هو ستة من تسعة ، فيأخذ رب المال ثلث الباقي وهو اثنان من ستة ، وثلثا الباقي أربعة من ستة ، فيصير مجموع ما يأخذه العامل $\frac{٣}{٩} + \frac{٤}{٩} = \frac{٧}{٩}$ ، وحصة صاحب المال $\frac{٩}{٩} - \frac{٧}{٩} = \frac{٢}{٩}$.

دليلُنا : أَنَّ هٰذا شرطٌ ينافي مقتضىٰ العقدِ ؛ لأَنَّهما شَرَطا أَنْ يأخذَ أَحدُ رَبَّي المالِ مِنْ نصيبِ الآخَرِ مِنَ الرِّبحِ بعضَهُ . . فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو شَرَطا أَنْ يكونَ النصفُ الآخَرُ لأَحدِهما .

فرعٌ : [يدفع الربح علىٰ المالين المتساويين سواء] :

إذا دَفعَ إِليهِ أَلفاً ، وقالَ : ضُمَّ إِليهِ أَلفاً مِنْ عندِكَ وٱعمَلْ عليهِما ، علىٰ أَنْ يكونَ لي ثلثا الرِّبحِ ولكَ ثلثُهُ ، أَو علىٰ أَنْ يكونَ لكَ ثلثا الرِّبحِ ولي ثلثُهُ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ إِنْ شَرَطَ لنفسِهِ الأَكثرَ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهما متساويانِ في المالِ ، وذٰلكَ يقتضي تساويَهُما في الرِّبحِ ، ثُمَّ شَرَطَ عليهِ العملَ ، ونقصَهُ مِنَ الرِّبحِ . . فَلَمْ يَصِحَّ ، وإِنْ شَرَطَ للعاملِ الأَكثرَ . . فَسَدَ أَيضاً ؛ لأَنَّ الشركةَ إِذا وقعتْ علىٰ المالِ . . كانَ الرِّبحُ مُقَسَّطاً علىٰ قَدْرِ المالينِ ، والعملُ تابعٌ ، والمالُ هاهُنا غيرُ متفاضلٍ ، فلا يجوزُ تفاضلُهما في الرِّبحِ .

فإِنْ دَفعَ إِليهِ أَلفينِ ، وقالَ : ضُمَّ إِليها أَلفاً مِنْ عندِكَ ، فتكونُ أَلفانِ شركةً بيننا ، والأَلفُ الأُخرىٰ قارضتُكَ عليها بنصفِ الرِّبحِ . . جازَ ؛ لأَنَّ أَكثرَ ما فيهِ أَنَّ المالَ الذي للقِراضِ مُشَاعٌ ، وإِذا لَمْ تمنعْهُ الإِشاعةُ مِنَ التصرُّفِ . . صَحَّ القِراضُ .

فرعٌ : [قارضه بشرط أن يدفع بقدر ماله بضاعة] :

قالَ في « الأُمِّ » [٣/٢٣٦] : (إِذا دفعَ إِليهِ أَلفاً قِراضاً علىٰ أَنْ يعملَ فيها بالنصفِ ، وشَرَطَ عليهِ أَنْ يدفعَ إِليهِ أَلفاً أُخرىٰ بضاعةً . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ) ؛ لأَنَّ معنىٰ البضاعةِ : أَنْ يَعملَ عليها لصاحبِها بغيرِ عِوضٍ لهُ ، وهٰذا لا يَلزَمُهُ ، وإِذا لَمْ يَلزمِ العاملَ ذٰلكَ . . لَمْ يستحقَّ العاملُ ما بَذَلَ لَهُ مِنَ الرِّبحِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يبذلْ ذٰلكَ إِلاَّ بهٰذا الشرطِ . فأَمّا إِذا قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذهِ الأَلفِ بالنصفِ ، وٱستعملتُكَ علىٰ[1] أَنْ تَعملَ لي علىٰ هٰذه الأَلفِ بضاعةً . . صحَّ القِراضُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يجعلْهُ شَرْطاً .

---

(١) في (م) : (وأسألك) .

فرعٌ : [قارضه بشرط ربح نصف المال له] :

قالَ أَبو العبّاسِ : إذا قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذهِ الألفِ ، علىٰ أنَّ لكَ رِبحَ نِصفِها . . لَمْ يَجُزِ القِراضُ .

وقالَ أَبو ثورٍ ، وأبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) ، كما لو قالَ : علىٰ أنَّ لكَ نِصفَ رِبحِها .

والأَوّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّهُ جعلَ للعاملِ رِبحَ بعضِ المالِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو دَفعَ إليهِ أَلفينِ ، وقارَضَهُ عليهما ، وجعلَ للعاملِ ربحَ أَحدِهما ، ويخالفُ إذا جعلَ لهُ نِصفَ الرِّبحِ ؛ لأنَّهُ لا يؤدِّي إلىٰ إفرادِهِ بربحِ شيءٍ مِنَ المالِ ، وإنْ قارَضَهُ علىٰ ما قارضَ بهِ فلانٌ عامِلَهُ ، فإنْ عَلِما قَدْرَ ما شُرِطَ للعاملِ مِنَ الرِّبحِ . . صَحَّ القِراضُ ؛ لأنَّهما أَشارا إلىٰ معلومٍ عندَهما ، فهو كما لو صَرَّحا بذِكرهِ ، وإنْ كانا لا يعلمانِ ذٰلكَ أَو أَحدُهما . . كانَ القِراضُ فاسداً ؛ لأنَّهُ قِراضٌ علىٰ شيءٍ مجهولٍ بينَهما[1] .

فرعٌ : [اشتراط ربح درهم لأحدهما] :

إذا دَفعَ إليهِ أَلفاً قِراضاً ، وشَرَطَ العاملُ أَنْ ينفرِدَ بدرهمٍ مِنَ الرِّبحِ ، والباقي مِنَ الرِّبحِ بينَهما . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ قد لا يَربحُ إلاَّ ذٰلكَ الدرهمَ ، ومِنْ مقتضىٰ القِراضِ أَنَّ الرِّبحَ بينَهما ، وهٰكذا : لو شَرَطَ أَنَّ لربِّ المالِ درهماً مِنَ الرِّبحِ ، والباقي بينَهما . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِما ذكرناهُ ، وهٰكذا : لو شَرَطا علىٰ أَنَّ للعاملِ درهماً مِنَ الرِّبحِ ، والباقي لرَبِّ المالِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

وإنْ قارضَهُ علىٰ أَنَّهُ إذا اشترىٰ عبداً أَو دابَّةً بصفةِ كذا وكذا ، أَخذَها رَبُّ المالِ برأسِ مالِهِ ، والباقي بينَهما . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ قدْ لا يكونُ في المالِ ربحٌ إلاَّ ذٰلكَ الموصوفُ ، وهٰكذا : لو قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنْ أَرْتَفِقَ بمالِ القِراضِ ، بأَنْ يقولَ : إذا اشتريتُ دابَّةً ركبتُها ، وإذا اشتريتُ داراً سكنتُها . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لأنَّهُ قدْ لا يكونُ في المالِ ربحٌ إلاَّ تلكَ المنفعةُ ، فلا يجوزُ أَنْ يَختصَّ بها أَحدُهُما .

---

(١) في (م) : (عندهما) .

مسأَلةٌ : [شرط الربح للعامل] :

إِذا دَفعَ إِليهِ أَلفاً ، وقالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا ، علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ كلُّه لكَ . . قالَ أَبو العبّاسِ : كانَ قِراضاً فاسداً ، فإِذا عملَ العاملُ ورَبِحَ . . كانَ الرِّبحُ كلُّهُ لرَبِّ المالِ ؛ لأَنَّهُ نماءُ مالهِ ، وللعاملِ أُجرةُ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ عَملَ علىٰ عِوَضٍ ، ولَمْ يُسلَّمْ لهُ ، فكانَ له أُجرةُ المِثلِ ، ووافقَنا أَبو حنيفةَ علىٰ هٰذا .

وإِنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا ، علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ كلُّهُ لي . . قالَ أَبو العبّاس : كانَ قِراضاً فاسداً ، فإِذا عَمِلَ العاملُ ورَبِحَ . . كانَ الرِّبحُ كلُّهُ لرَبِّ المالِ ، وٱستحقَّ العاملُ أُجرةَ مِثلهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا عملَ العاملُ في هٰذهِ . . كانَ بضاعةً ، وكانَ الرِّبحُ كلُّهُ لرَبِّ المالِ ، ولا أُجرةَ للعاملِ) . وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا .

ودليلُنا : أَنَّ مقتضىٰ القِراضِ أَنْ يكونَ الرِّبحُ بينَهما ، فإِذا شرَطَهُ لأَحدِهما . . فقدْ شَرَطَ ما يُنافي مقتضاهُ ، وإِذا بَطَلَ العقدُ . . وجَبَ للعاملِ أُجرةُ المثلِ ، كالأُولىٰ .

وإِنْ دَفَعَ إِليهِ أَلفاً ، وقالَ : ٱعملْ عليهِ والرِّبحُ كلُّه لكَ . . قالَ أَبو العبّاسِ : كانَ ذٰلكَ قَرْضاً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذكرِ ٱسمَ القِراضِ ولا معناهُ ، وإِنْ قالَ : ٱعملْ عليهِ والرِّبحُ كلُّه لي . . قالَ أَبو العبّاسِ : كانَ ذٰلكَ بضاعةً ، فيكونُ الرِّبحُ كلُّه لرَبِّ المالِ ، ولا شيءَ للعاملِ ؛ لأَنَّ هٰذهِ صفةُ البضاعةِ .

قالَ : والأَصلُ في هٰذا : أَنَّ كلَّ لفظةٍ كانتْ موضوعةً لعقدٍ مِنَ العقودِ خاصَّةً فيهِ ، فإِنَّها إِذا أُطلقتْ . . حُمِلَتْ عليهِ ، وإِنْ عُقِّبتْ بما ينافي ذٰلكَ العقدَ . . فَسَدَ العقدُ ، وكلَّ لفظةٍ كانتْ محتملةً لنوعينِ مِنَ العقودِ فأَكثرَ ، فإِذا ذُكِرتْ ، ثُمَّ عُقِّبتْ بما يقتَضيهِ أَحدُ تِلكَ العقودِ . . حُملَتْ علىٰ بيانِ ذٰلكَ العقدِ ، وبيانُ هٰذا : أَنَّ قَولَه : قارضتُكَ ، لفظةٌ موضوعةٌ لنوعٍ مِنَ العقودِ ، وهو العقدُ الذي يَشتركُ فيهِ العاملُ ورَبُّ المالِ في الرِّبحِ ، فإِذا أُطلقتْ . . حُملتْ علىٰ ذٰلكَ ، وإِنْ عُقِّبتْ بما ينافي ذٰلكَ ، بأَنْ يقولَ : الرِّبحُ كلُّه لي ، أَو كلُّه لكَ . . فَسَدَ القِراضُ ، وكذٰلكَ قولُهُ : بعتُكَ بلا ثَمَنٍ ، يكونُ بيعاً فاسداً ، وقولَهُ : خُذْ هٰذا المالَ وٱعملْ عليهِ ، لفظةٌ مشتركَةٌ بينَ القِراضِ والقَرضِ والبضاعَةِ ،

فإذا أطلقَ . . لَمْ يكنْ حَملُها علىٰ أَحدِ أَنواعِ العقودِ المذكورةِ بأَولىٰ مِنَ البعضِ ، فإِنْ عقَّبها بشرطٍ يقتضيهِ أَحدُ هٰذهِ العقودِ . . حُمِلَتْ عليهِ ، فإذا قالَ : أعملْ عليهِ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ بينَنا . . كانَ قِراضاً . وإنْ قالَ : اعملْ عليه علىٰ أنْ يكونَ الربحُ كلُّه لك . . كان قرضاً . وإِنْ قالَ : أعملْ عليهِ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ كلُّه لي . . كانَ بضاعةً . وكذا إِذا قالَ : ملَّكتُكَ هٰذا ، إِنْ قالَ بعِوضٍ . . كانَ بيعاً ، وإِنْ لم يذكرِ العوضَ[١] . . كانَ هِبةً . هٰذا ترتيبُ الشيخِ أَبي حامدٍ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢١] : لو قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ كلُّهُ لكَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ قَرضٌ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

والثاني : أَنَّهُ قِراضٌ فاسدٌ .

وإِنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ كلُّهُ لي . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ بِضاعةٌ .

والثاني : أَنَّه قِراضٌ[٢] فاسدٌ .

وإِنْ قالَ : أَبضعتُكَ علىٰ أَنَّ جميعَ الرِّبحِ لكَ . . ففيهِ وجهانِ ، وكذا لو قالَ : بعتُكَ هٰذا الثوبَ ، ولَمْ يذكرِ الثمنَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ بيعٌ فاسدٌ .

والثاني : ليسَ ببيعٍ ، ولا مضمونٍ .

فرعٌ : [تغيير مقدار ربح العامل] :

قالَ في « العُدَّةِ » : لو شَرَطَ للعاملِ نصفَ الرِّبحِ ، ثُمَّ بعدَ أَيامٍ ردَّهُ إِلىٰ ثلثِ الرِّبحِ أَو رُبْعِهِ . . لَمْ يَجُزْ ما لَمْ يفسخا العقدَ الأَوّلَ ، ويجدِّدا عقداً آخرَ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ رحمةُ اللهِ عليهِ .

---

(١) في نسخة : (يكن عوض) .

(٢) في (م) : (إقراض) : وهو تمليك علىٰ أن يردَّ بدلَه ، فلا تصحُّ هاهنا .

دليلُنا : أَنَّ عقدَ المضاربةِ الصحيحةِ لاَ يقبلُ تغييرَ المشروطِ مِنَ الرِّبحِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو ٱنفردَ بهِ أَحدُهما .

مسأَلَةٌ : [القراض يجوزُ فسخه] :

القِراضُ مِنَ العقودِ الجائزةِ لكلِّ واحدٍ منهما أَنْ يفسخَهُ متىٰ شاءَ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ يتضمَّنُ تصرُّفَ العاملِ في رَقَبةِ المالِ بإذنِ رَبِّ المالِ ، فكانَ جائزاً ، كالوَكالةِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فقالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا يجوزُ القِراضُ إلىٰ مدَّةٍ مِنَ المُدَدِ) . قالَ أصحابُنا : وفي ذٰلكَ مسائلُ :

إحداهُنَّ : أَنْ يقولَ : قارضتُكَ إلىٰ سَنةٍ ، فإذا مضتْ فلا تَبِعْ ، ولا تَشْتَرِ . . فيَبطلُ القِراضُ بهٰذا الشرطِ ؛ لأَنَّ عقدَ القِراضِ يجوزُ مطلقاً ، فبَطَلَ بالتوقيتِ ، كالبيعِ والنكاحِ ، ولأَنَّ القصدَ مِنَ القِراضِ أَنْ يتصرَّفَ العاملُ في المالِ للرِّبحِ ، وقدْ لا يحصلُ الرِّبحُ إلاَّ في البيعِ بعدَ السنةِ .

الثانيةُ : أَنْ يقولَ : قارضتُكَ سَنةً علىٰ أَنّي لا أَمنعُكَ فيها مِنَ البيعِ والشراءِ . . بَطَلَ القِراضُ ؛ لأَنَّ عقدَ القِراضِ عقدٌ جائزٌ ، فلا يجوزُ أَنْ يشترطَ لزومَهُ علىٰ ربِّ المالِ .

الثالثةُ : إذا قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا سنةً ، فإذا مضتْ منعتُكَ مِنَ الشراءِ دونَ البيعِ . . **فالمذهبُ** أَنَّ القِراضَ صحيحٌ ؛ لأَنَّهُ يملِكُ مَنْعَهُ مِنَ الشراءِ متىٰ شاءَ ، فإذا شَرَطَ ذٰلكَ . . فقدْ شَرَطَ ما يقتضيهِ العقدُ ، فلَمْ يؤثِّرْ .

وحكيَ عن أَبي إسحاقَ المَروَزِيِّ : أَنَّهُ قالَ : يفسدُ القِراضُ ؛ لأَنَّهُ عقدَ عقداً ، وشَرَطَ قَطعَهُ ، فبَطَلَ ، كما لو تزوَّجَ ٱمرأَةً علىٰ أَنْ يُطلِّقَها . وليسَ بشيءٍ .

الرابعةُ : إذا قالَ : قارضتُكَ سنةً وأَطلقَ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما أَبو عليٍّ السِّنجيُّ :

أَحدُهما : لا يَبْطُلُ ؛ لأَنَّ لهُ عَزْلَهُ بعدَ العقدِ متىٰ شاءَ .

والثاني : يَبْطُلُ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّ تقييدَهُ بالسنةِ يقتضي منعاً بعدَهُ مِنَ البيعِ والشراءِ .

مسأَلَةٌ : [قارضه وجعل غلامه معه وشرط الربح أثلاثاً] :

قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللهُ عليه : (ولو قارَضَهُ فجعلَ معَه رَبُّ المالِ غلامَهُ ، وشَرَطَ أَنْ يكونَ الرِّبحُ بينَهُ وبينَ العاملِ والغلامِ أَثلاثاً . . فجائزٌ) .

قالَ أَصحابُنا : وفي ذٰلكَ مسأَلتانِ :

إحدَاهُما : أَنْ يقولَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا علىٰ أَنَّ لكَ ثلثَ الرِّبحِ ، ولي ثلثَ الرِّبحِ ، ولعبدي ثلثَ الرِّبحِ ، ولم يَشترطْ علىٰ عبدِهِ شيئاً مِنَ العملِ في المالِ . . فيَصِحُّ ذٰلكَ وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ ما شَرَطَهُ رَبُّ المالِ لعبدِهِ هو لرَبِّ المالِ ، فكأَنَّه شَرَطَ لنفسِهِ ثلثي الرِّبحِ وللعاملِ الثلثَ .

الثانيةُ : أَنْ يَشترطَ لعبدِه شيئاً مِنَ الرِّبحِ ، ويَشترِطَ أَنْ يعملَ العبدُ معَ العاملِ ، فٱختلَفَ أَصحابُنا في هٰذا ، فمنهمْ مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ عمَلَ العبدِ كعَملِ سيِّدِهِ ، فإِذا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشترِطَ رَبُّ المالِ علىٰ نفسهِ شيئاً مِنَ العملِ . . فكذٰلكَ لا يجوزُ أَنْ يَشترِطَهُ علىٰ عبدِه ، وحَمَلَ هٰذا القائِلُ كلامَ الشافعيِّ رحمةُ اللهُ علىٰ أَنَّهُ أَرادَ : إذا لَمْ يَشترِطْ رَبُّ المالِ علىٰ عبدِه شيئاً مِنَ العملِ .

وقالَ أَبو العبّاسِ ، وأَبو إِسحاقَ ، **وأَكثرُ أَصحابِنا** : يجوزُ أَنْ يَشترِطَ رَبُّ المالِ أَنْ يعملَ عبدُه معَ العاملِ ، ولا يبطُلُ القِراضُ بذٰلكَ ، **وهو ظاهرُ النصِّ هاهنا وقد نصَّ الشافعي** رحمةُ اللهُ عليهِ في (المساقاةِ) أَيضاً : (إِذا ساقاهُ علىٰ نخلٍ ، وشَرَطَ رَبُّ المالِ أَنْ يعملَ غلامُهُ معَ العاملِ صَحَّ) ، ولأَنَّ غُلامَه مالُه ، فجازَ أَنْ يُجعلَ تابعاً لمالِه بخلافِ عملِ رَبِّ المالِ بنفسهِ .

قالَ أَبو العبّاس : **فعلىٰ هٰذا** : إذا دَفعَ إِليه مالاً وحِماراً ، أَو بغلاً ليحملَ عليهِ مالَ القِراضِ ، أَو كيساً ليجعلَ فيهِ مالَ القِراضِ . . جازَ .

فرعٌ : [شرط أن يكون ربح المال لصاحبه وعامله وآخر] :

وإِنْ شَرَطَ رَبُّ المالِ لنفسِهِ ثلثَ الرِّبحِ ، ولزوجتِهِ أَو لغلامِهِ الحرِّ ، أَو الأَجنبيِّ ثلثَ الرِّبحِ ، وللعاملِ الثلثَ ، فإِنْ شَرَطَ رَبُّ المالِ علىٰ زوجتِهِ وغلامِهِ الحرِّ أَو الأَجنبيِّ

العملَ معَ العاملِ. . جازَ ، كما لو قَارَضَ ٱثنينِ . وإنْ لَمْ يَشرِطْ عليهم العملَ. . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ الرِّبحَ لغيرِ نفسِهِ وغيرِ العاملِ ، وإنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا ، علىٰ أنَّ لكَ نِصفَ الرِّبحِ ، ولي نِصفَ الرِّبحِ ، علىٰ أنْ يعطيَ هوَ غلامَهُ أَو زوجتَهُ مِنَ النصفِ الذي لَهُ نصفَهُ. . جازَ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ النصفَ لنفسِهِ ، ثُمَّ شَرَطَ علىٰ نفسِهِ شَرْطاً لَمْ يَلزمْهُ ، فصحَّ ، ولَمْ يؤَثِّر في العقدِ ، كما قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللهِ عليهِ في مَنْ تزوَّجَ ٱمرأَةً وأَصدَقَها أَلفاً ، علىٰ أَنْ يعطيَ هوَ أَباها أَلفاً : (لا يَصِحُّ) ؛ لأنَّهُ شَرَطَ صَدَاقاً لغيرِ الزوجةِ ، ولو أَصدَقَها أَلفينِ ، علىٰ أَنْ تعطيَ هيَ أَباها أَلفاً. . صَحَّ ، وتكونُ المرأَةُ بالخيارِ : بينَ أَنْ تُعطيَ أَباها أَلفاً[1] ، أَو لا تعطيَهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإنْ قالَ رَبُّ المالِ : قارضتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ ثلثي الرِّبحِ ، علىٰ أَنْ تُعطيَ ٱمرأَتَكَ نصفَهُ. . فقالَ القاضي أَبو حامدٍ : إنْ أَوْجبَ ذٰلكَ عليهِ. . كانَ ذٰلكَ قِراضاً فاسداً[2] ، وإنْ لَمْ يوجِبْ ذٰلكَ عليهِ. . صَحَّ ، كما قالَ الشافعيُّ رحمةُ اللهِ عليهِ فيمنْ أَصدَقَ ٱمرأَتَهُ أَلفينِ ، علىٰ أَنْ تعطيَ هيَ أَباها أَلفاً : (أَنَّ الصدَاقَ صحيحٌ ، وتكونُ بالخيارِ : إنْ شاءتْ. . أَعطتْ أَباها ، وإنْ شاءتْ. . لَمْ تُعطِهِ) .

مسأَلَةٌ : [شرط المقارض على العامل البيع من رجل بعينه] :

إذا قارَضَهُ وشَرَطَ عليهِ أَنْ لا يبيعَ أَو لا يشتريَ إلاَّ مِنْ رَجلٍ بعينِهِ. . **فالمنصوصُ** : (أَنَّ القِراضَ لا يَصِحُّ) . وحكىٰ القاضي أَبو الطيِّبِ عَنِ الماسَرْجِسِيِّ : أَنَّهُ قالَ : إذا كانَ الرجلُ بَيِّعاً تُجلَبُ إليهِ الأَمتعةُ ، ولا تنقطعُ عنهُ في العادةِ. . جازَ أَنْ يُعيِّنَهُ ليبتاعَ منهُ . وليسَ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ قد لا يبيعُ منهُ ذٰلكَ الرَّجلُ ولا يشتري منهُ إلاَّ ما يكونُ فيهِ الرِّبحُ ، وقد يغيبُ عنهُ ذٰلكَ الرَّجلُ ، أَو يُفلِسُ ، أَو يموتُ ، وذٰلكَ يمنعُ مقصودَ عقدِ القِراضِ ، فلَمْ يَصِحَّ .

وإنْ قارَضَهُ علىٰ أَنْ لا يشتريَ إلاَّ سِلعَةً مُعيَّنةً ، أَو جِنساً لا يَعُمُّ وجودُهُ في ذٰلكَ

---

(١) في (م) : (شيئاً) .
(٢) أي : لم يصحَّ .

الوقتِ ، كالصيدِ في موضعٍ لا يوجدُ فيهِ غالباً . . لَمْ يَصِحَّ عقدُ القِراضِ ؛ لأنَّ المقصودَ مِنَ القِراضِ طلبُ الرِّبحِ ، وذٰلكَ لا يحصلُ إلاَّ بأَنْ يُمكَّنَ العاملُ مِنَ التصرُّفِ التامِّ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : والتصرُّفُ التامُّ يحصلُ بأَنْ يقولَ : قارضتُكَ ، فٱبتعْ ممَّنْ شِئْتَ ، وبعْ مِمَّن شئتَ ، وابتعْ ما شئتَ ، أَو يقولَ : ٱتَّجرْ في الجنسِ الفلانيِّ ، وكانَ مِمّا يَعُمُّ وجودُهُ في الشتاءِ والصيفِ ، كالثيابِ ، والطعامِ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ : وهٰكذا : إِذا قارضَهُ علىٰ أَنْ يتَّجرَ في جنسٍ يَعُمُّ وجودُهُ في بعضِ الأَوقاتِ دونَ بعضٍ ، كالرُّطبِ ، والعنبِ . . فيَصِحُّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يَعُمُّ وجودُهُ في وقتهِ ، فتُمْكِنُ التجارةُ فيهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يجوزُ إِلاَّ أَنْ يقولَ : فإِذا ٱنقطعَ . . فٱتَّجِرْ فيما شئْتَ ، أَو في جنسٍ يَعُمُّ وجودُهُ في الشتاءِ والصيفِ . وليسَ بشيءٍ .

فإِنْ قِيلَ : فقدْ قلتُمْ لا يجوزُ أَنْ يُقارضَهُ إِلىٰ مُدَّةٍ ، والقِراضُ علىٰ ما يَنقطعُ قِراضٌ إِلىٰ مدَّةٍ ؟

قلنا : الفرقُ بينَهما : أَنَّهُ إِذا قارضَهُ إِلىٰ مدَّةٍ . . فقدْ تنقطعُ المدَّةُ وبيدِهِ أَعيانٌ لا رِبحَ فيها إِلاَّ ببيعِها ، فإِذا منعَهُ مِنْ بيعِها . . تعذَّرَ المقصودُ ، وليسَ كذٰلكَ إِذا قارضَهُ إِلىٰ مدَّةٍ ما[1] يوجدُ في وقتٍ دونَ وقتٍ ؛ لأَنَّهُ يتَّجِرُ فيهِ ما دامَ موجوداً ، فيبيعُهُ ويشتريهِ ، فإِذا ٱنقطعَ ذٰلكَ . . ٱنقطعَ ٱبتياعُهُ ، وأَمكنَهُ بيعُ ما في يدِهِ ، فيحصُلُ المقصودُ .

فرعٌ : [قارضه علىٰ شيء له غلَّة] :

ولو قارضَهُ علىٰ أَنْ يشتريَ مستغَلاَّتٍ[2] يكونُ أَصلُها موقوفاً ، وغَلَّتُها بينَهُما ، كالنَّخلِ ، والدوابِّ ، والأَرضِ . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لأنَّ عقدَ القِراضِ موضوعٌ علىٰ أَنْ يتصرَّفَ العاملُ في رَقَبةِ المالِ ، وهٰذا قدْ شُرِطَ منعُهُ مِنْ ذٰلكَ ، فَلَمْ يَصِحَّ .

---

(١) في (م) : (علىٰ ما) .

(٢) مستغلات ـ جمع مستغل ـ : وهو أخذ الغلة ، والغلة : كلُّ شيء يحصل من ريع الأرض أو أجرتها .

فرعٌ : [تخيير المقارض العامل بنصف المال لنوع خاص] :

قالَ المُزَنيُّ : إذا دفعَ إليهِ ألفَ درهمٍ ، وقالَ : ٱبتعْ بِها هَرَوِيّاً أَو مَرْوِيّاً بالنصفِ . . كانَ فاسداً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُبيِّنْ ، ولا خلافَ بينَ أَصحابِنا أَنَّ القِراضَ فاسدٌ ، وٱختلفوا في تعليلِهِ :

فقالَ أَكثرُهُم : إِنَّما فسدَ ؛ لأَنَّ القِراضَ يقتضي أَنْ يكونَ العاملُ مأذوناً لهُ في البيعِ والشراءِ ، وهاهُنا إِنَّما أُذنَ لهُ في الابتياعِ دونَ البيعِ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : إِنَّما فسدَ ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ لَمْ يبيِّنْ أَنَّ النصفَ الذي مِنَ الرِّبحِ للعاملِ ، أَو لنفسِهِ .

وقالَ أَبو العبّاسِ : لا يَفْسُدُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ الشرطَ إِذا أُطلِقَ . . ٱنصرفَ إِلىٰ العاملِ ، وقدْ مضىٰ ذِكرُهُ ، وإِنَّما فَسَدَ . . للمعنىٰ الأَوَّلِ .

ومنهم مَنْ قالَ : إِنَّما فَسَدَ ؛ لأَنَّ الهرويَّ والمرويَّ جنسٌ لا يَعُمُّ وجودُهُ .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : إِنَّما فَسَدَ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُعيِّنْ أَحدَ الجنسينِ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ ما قالَهُ أَبو إِسحاقَ قدْ مضىٰ فسادُهُ ، ومَنْ قالَ : إِنَّ الهرويَّ والمرويَّ لا يَعُمُّ وجودُهُ . . غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ الهرويَّ والمرويَّ لا يُعدمُ[1] وجودُهُ في بلدةٍ ، وما قالَهُ ٱبنُ أَبي هريرةَ . . غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يخيِّرهُ فيما يشتريهِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فإِنِ ٱشترىٰ العاملُ وربحَ . . كانَ الشراءُ والرِّبحُ لرَبِّ المالِ ، وللعاملِ أُجرةُ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ عملَ ذٰلكَ بإِذنهِ بعِوَضٍ ، ولَمْ يُسلِّمْ لهُ . . فٱستحقَّ أُجرةَ المِثلِ .

قالَ الطبريُّ : وليسَ للعاملِ أَنْ يبيعَهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يؤْذَنْ لهُ فيهِ .

فرعٌ : [إطلاق يد العامل لا يصحُّ في محرَّم] :

إِذا قارضَهُ ، وقالَ لهُ : ٱتَّجرْ فيما شئتَ . . لَمْ يَجُز للعاملِ أَنْ يشتريَ الخمرَ ، سواءٌ كانَ العاملُ مسلماً أَو ذمّيّاً .

---

(١) في (م) : (ممَّا يعمُّ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا كانَ العاملُ ذِمِّياً . . جازَ لهُ أَنْ يشتريَ الخمرَ ويبيعَها ؛ لأَنَّها مالٌ عندَهُ ، ويشاركُهُ رَبُّ المالِ في الرِّبحِ وإِنْ كانَ مسلماً) . وبنىٰ ذٰلكَ علىٰ أَصلِهِ : أَنَّ الملكَ يدخلُ في مِلكِ الوكيلِ ، ثُمَّ ينتقلُ إِلىٰ مِلكِ الموكِّلِ .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « إِنَّ ٱللهَ حَرَّمَ ٱلْكَلْبَ ، وَحَرَّمَ ثَمَنَهُ ، وَحَرَّمَ ٱلْخِنْزِيرَ ، وَحَرَّمَ ثَمَنَهُ ، وَحَرَّمَ ٱلْخَمْرَ ، وَحَرَّمَ ثَمَنَهُ » . فإِذا ٱشترىٰ الذمِّيُّ الخمرَ ، ونقدَ الثَّمنَ فيهِ . . فهلْ يضمنُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يضمنُهُ ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ فوَّضَ الاجتهادَ إِليه[1] ، وعندَهُ : أَنَّ التجارةَ في الخمرِ ونقْدَ الثَّمنِ فيهِ جائزٌ ، فلا يكونُ متعدِّياً .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّهُ يكونُ ضامناً ؛ لأَنَّهُ لا يكونُ لهُ نقدُ الثمنِ معَ الحكمِ ببطلانِ البيعِ ، فإِذا فعلَ ذٰلكَ . . كانَ ضامناً .

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ أُمَّ ولدٍ ، ولَمْ يَعلَمْ بها . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢٢] : فلا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لا يعرفُ أُمَّ الولدِ .

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ المسلمُ خمراً لَمْ يعلَمْ بهِ ونقدَ الثَّمنَ مِنْ مالِ القِراضِ . . فهلْ يضمنُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة »] :

أَحدُهما : لا يضمنُ ، كما لا يضمنُ ما صرَفَهُ في ثمنِ أُمِّ الولدِ .

والثاني : يضمنُ ؛ لأَنَّهُ كانَ يمكنُهُ أَنْ يذوقَهُ[2] ، فإِذا لَمْ يفعلْ . . ضمِنَهُ .

فرعٌ : [قارض علىٰ التجارة بجنس فلا يغيره] :

قدْ ذكرنا : أَنَّ رَبَّ المالِ يقولُ : قارضتُكَ علىٰ أَنْ تتَّجِرَ[3] فيما شئتَ ، أَو علىٰ أَنْ تتَّجرَ في جنسٍ كذا ، وهو ممّا يَعُمُّ وجودُهُ ، فإِذا أَذِنَ لهُ في جنسٍ . . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يتَّجِرَ في غيرِهِ ؛ لأَنَّ تصرُّفَهُ مقصورٌ علىٰ إِذنِ رَبِّ المالِ .

---

(١) أي : للعامل الذميّ .
(٢) أي : الخمر ، فيعرفه ويميِّزه .
(٣) في نسخة : (تبيع) .

فإذا قالَ لَه : ٱتَّجِرْ في الثيابِ والبَزِّ . . فهلْ يجوزُ علىٰ الإطلاقِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » .

فإذا قلنا : يجوزُ . . دخلَ فيهِ ما يُلبَسُ مِنَ القطنِ والإبْرَيْسَمِ والكتَّانِ والصوفِ ، وهلْ يدخلُ فيهِ الثيابُ المخِيْطَةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، ذكرهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » ، ولا يدخلُ فيهِ القطنُ ؛ لأنَّهُ لا يقعُ عليهِ ٱسمُ البَزِّ ، وهلْ تدخلُ فيهِ الأكسيةُ البرزكانيَّةُ[1] ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تدخلُ فيهِ ؛ لأنَّها تُلبَسُ ، فهيَ كالثيابِ .

والثاني : لا تدخلُ ؛ لأنَّها لا تدخلُ في إطلاقِ ٱسمِ البَزِّ .

وإنْ قالَ : علىٰ أَنْ تتَّجِرَ في الرقيقِ . . فهلْ يجوزُ أَنْ يشتريَ أَشقاصاً مِنَ الرقيقِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « العُدَّةِ » . وإنْ قالَ : علىٰ أَنْ تتَّجِرَ في الطعامِ . . لَمْ يدخلْ فيهِ الدقيقُ والشعيرُ والذُّرةُ ؛ لأنَّ إطلاقَ ٱسمِ الطعامِ إنَّما ينصرِفُ علىٰ الحِنْطةِ .

مسأَلةٌ : [ما يقوم به العامل في القراض] :

ويتولَّىٰ العاملُ مِنَ الأَعمالِ في مالِ القِراضِ ما جَرتْ بهِ العادةُ للعاملِ أَنْ يتولاَّهُ منهُ ، كالبيعِ والشراءِ ، وطيِّ الثيابِ ونشرِها ، وحملِ ما خفَّ مِنَ المتاعِ ؛ لأنَّ العادةَ جرتْ بأَنْ يتولَّىٰ ذٰلكَ الرفيعُ والوضيعُ ، فإنِ ٱستأجرَ لذٰلكَ . . كانتِ الأُجرةُ مِنْ مالِهِ ، ولا يَلزمُهُ أَنْ يتولَّىٰ ما لَمْ تَجرِ العادةُ أَنْ يتولاَّهُ العاملُ ، كحملِ الأَمتعةِ الثقيلةِ ، بلْ يستأجرُ لها مِنْ مالِ القِراضِ مَنْ يتولاّها ، فإنْ عملَ ذٰلكَ[2] بنفسه . . فلا أُجرةَ لهُ بذٰلكَ ؛ لأنَّهُ متبرِّعٌ بذٰلكَ ، وإنْ غُصِبَ المالُ أَو سُرِقَ . . فهلْ يملِكُ المخاصمةَ علىٰ ذٰلك ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ عقدَ القِراضِ يقتضي التجارةَ دونَ الخصومةِ .

---

(١) البرزكانية : نوع من القماش أسود يشبه إلىٰ حدٍّ ما صوف الخروف في جعودة صوفه . يقال له في العامية الدمشقية : أسركان .

(٢) في نسخة : (حملها) .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ عقدَ القِراضِ يقتضي حفظَ المالِ ، وهٰذا مِنْ حفظِ المالِ .

مسألةٌ : [مقارضة عامل القراض عاملاً آخر] :

إذا قَارضَ العاملُ في القِراضِ عاملاً آخَرَ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ ذٰلكَ بإذنِ رَبِّ المالِ ، ولَمْ يَشرُطِ العاملُ الأَوَّلُ لنفسهِ شيئاً مِنَ الرِّبحِ ، بَلْ شَرَطَ الرِّبحَ بينَ رَبِّ المالِ والعاملِ علىٰ ما أَذنَ لهُ فيهِ . . صَحَّ القِراضُ ، وكانَ العاملُ الأَوَّلُ وكيلاً لرَبِّ المالِ في عقدِ القِراضِ ، وإنْ شَرَطَ العاملُ الأَوَّلُ لنفسهِ شيئاً مِنَ الرِّبحِ ، بأَنْ شَرَطَ أَنَّ ربحَ المالِ بينَهم أثلاثٌ[1] . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ الرِّبحَ لغيرِ رَبِّ المالِ ، أَو لغيرِ العاملِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا عملَ الثاني . . كانَ الرِّبحُ كلُّهُ لرَبِّ المالِ ، وللعاملِ الثاني أُجرةُ عملِهِ .

وإنْ قَارضَ العاملُ الأَوَّلُ عاملاً آخَرَ بغيرِ إذنِ رَبِّ المالِ . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ إنَّما رضيَ باجتهادِ الأوَّلِ دونَ اجتهادِ غيرِهِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا تصرَّفَ العاملُ الثاني في المالِ . . رُدَّ المالُ إلىٰ بيتِ المالِ ولا كلامَ ، وإنْ حَصلَ في المالِ ربحٌ . . بنينا علىٰ مَنْ غَصبَ شيئاً ، أَو أَودعَ شيئاً ، فتصرَّفَ فيهِ ورَبحَ ، لمَنْ يكونُ الرِّبحُ ؟ فيهِ قولانِ :

[الأول] : قالَ في **القديمِ** : (يكونُ ذٰلكَ للمغصوبِ منهُ) ؛ لأنّا لو جعلنا ذٰلكَ مِلكاً للغاصبِ . . كانَ ذٰلكَ ذريعةً إلىٰ غصبِ الأموالِ والتجارةِ فيها لتحصيلِ الأَرباحِ ، وأَدَّىٰ إلىٰ خَفْرِ[2] الأَماناتِ والودائعِ ، فجُعلَ ذٰلكَ لرَبِّ المالِ ؛ لحقِّ المالِ ، وليُحسمَ البابُ .

و **[الثاني]** : قالَ في **الجديدِ** : (يكونُ الرِّبحُ للغاصبِ) . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّهُ إنِ

---

(١) في النسخ : (أثلاثاً) .

(٢) **الخفر** : الغدر ، وأخفرته : نقضت عهده .

ٱشترىٰ بعينِ مالِ الغاصبِ[١] . . فالشراءُ باطلٌ ، فلا يتصوَّرُ الرِّبحُ ، وإِنِ ٱشترىٰ بثمنٍ في ذمَّتهِ ، ونقدَ المالَ المغصوبَ في الثَّمنِ . . فقدْ ملكَ السِّلعةَ ، ولزمَهُ الثَّمنُ في ذِمَّتهِ ، فإِذا نقدَ الثَّمنَ مِنَ المالِ المغصوبِ . . فقدْ تعدّىٰ بذٰلكَ ، ولا تَبرأُ ذِمَّتُهُ مِنَ الثَّمنِ ، فإِذا حصلَ ثَمنُ السِّلعةِ . . فقدَ حصلَ[٢] ثمنُ ملكِهِ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في مأخذِ هٰذينِ القولينِ :

فمنهم مَنْ قالَ : إِنَّما ذَكرَ الشافعيُّ رحمةُ اللهِ عليهِ هٰذا في **القديمِ** ؛ لأَنَّهُ كانَ يذهبُ في **القديمِ** إِلىٰ جوازِ البيعِ الموقوفِ . وهٰذهِ طريقةُ القفّالِ والخُراسانيِّينَ مِنْ أَصحابِنا .

وقالَ أَبو العبّاسِ ، وأَبو إِسحاقَ رحمهما اللهُ ، **وأَكثرُ أَصحابِنا** : لا يُعرفُ للشافعيِّ جوازُ البيعِ الموقوفِ في **قديمٍ** ولا **جديدٍ** ، وإِنَّما ذهبَ إِلىٰ هٰذا في **القديمِ** للمصلحةِ ، كما ذكرناهُ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ قلنا هاهُنا بقولِهِ **القديمِ** وأَنَّ الرِّبحَ للمغصوبِ منهُ . . فإِنَّ لربِّ المالِ هاهُنا نصفَ الرِّبحِ إِذا كانَ قد قَارضَ الأَوَّلَ علىٰ نصفِ الرِّبحِ ، وأَمَّا النصفُ الثاني : فقالَ المُزنيُّ : يكونُ بينَ العاملينِ نصفينِ ، وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ علىٰ أَربعةِ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّ الحكمَ فيها كما قالَ المُزنيُّ ، وأَنَّ العاملَ الثاني يأخذُ ربعَ الرِّبحِ ، ولا شيءَ لهُ غيرَ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الأوَّل قَارضَ الثاني علىٰ أَنَّ ما رزَقَ اللهُ مِنَ الرِّبحِ . . بينَهما ، والذي رزقَهما اللهُ مِنَ الرِّبحِ هو النصفُ ، وأَمَّا النصفُ الآخَرُ : فهوَ مستَحَقٌّ لربِّ المالِ .

والثاني : أَنَّ العاملَ الثاني يستحقُّ ربعَ الرِّبحِ ، ويأخذُ معَ ربعِ الرِّبحِ نصفَ أُجرةِ مثلِهِ ؛ لأَنَّهُ دخلَ علىٰ أَنْ يأخذَ نصفَ ما رزقَ اللهُ مِنْ رِبحٍ ، والرِّبحُ يقعُ علىٰ ما زادَ علىٰ رأَسِ المالِ ، ولَمْ يحصلْ لَهُ إِلاَّ نِصفُ المشروطِ ، فوجبَ أَنْ يرجعَ بنصفِ أُجرةِ مثلِهِ .

---

(١) وفي حاشية (م) : (هذا المضروب عليه ـ المغصوب منه ـ : هو الموجود في نسخة المصنف رحمه الله تعالىٰ) والتصويب من « الأم » .

(٢) في (م) : (فهو) .

والثالثُ : وهو قولُ المسعوديِّ [في « الإبانة » : ق/٢٢٣] : إِنْ قالَ الأَوَّلُ للثاني : قارضتُكَ أَوِ ٱعملْ لي علىٰ أَنَّ لكَ نصفَ الرِّبحِ . . ٱستحقَّ هاهنا معَ ربعِ الرِّبحِ نصفَ أُجرةِ المِثلِ ، كما قالَ صاحبُ الوجهِ الثاني ، وإِنْ قالَ : قارضتُكَ أَوِ ٱعملْ علىٰ ما رزقَ اللهُ تعالىٰ بينَنا . . فلهُ ربعُ الرِّبحِ مِنْ غيرِ شيءٍ معهُ ، كما قالَ صاحبُ الوجهِ الأَوَّلِ .

والرابعُ : وهو قولُ ٱبنِ الصبّاغِ : أَنَّ نِصفَ الرِّبحِ لا يُقسَمُ بينَ العاملَينِ ، بلْ يكونُ للعاملِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّ المضاربةَ فاسدةٌ ، والشرطُ لا يثبتُ معَ الفاسدِ ، فيرجعُ العاملُ الثاني علىٰ العاملِ الأَوَّلِ بجميعِ أُجرةِ مثلِهِ ؛ لأَنَّهُ غرَّهُ .

وأَمّا إِذا قُلنا بالقولِ **الجديدِ** ، وأَنَّ رِبحَ المالِ المغصوبِ للغاصبِ ، وكانَ العاملُ الثاني قد ٱشترىٰ في الذمَّةِ ، ونقدَ الثمنَ من مالِ القِراضِ ورَبِحَ . . فلمَنْ يكونُ الرِّبحُ ؟

قالَ المُزنيُّ : يكونُ الرِّبحُ هاهنا للعاملِ الأَوَّلِ ، وللعاملِ الثاني أُجرةُ عملِهِ ، وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فمنهمْ مَنْ خَطَّأَ المُزنيَّ ، وقالَ : يكونُ الرِّبحُ هاهُنا للعاملِ الثاني ؛ لأَنَّهُ هو المتصرِّفُ هاهُنا ، فكانَ الرِّبحُ لهُ كالغاصبِ .

ومنهم مَنْ وافقَ المُزنيَّ ، وقالَ : يكونُ الرِّبحُ هاهُنا للأَوَّلِ ؛ لأَنَّ الثاني هاهُنا تصرَّفَ للأَوَّل ، فكانَ الرِّبحُ لهُ ، ويجبُ للثاني أُجرةُ مِثلِهِ ، بخلافِ الغاصبِ لهُ ، فإِنَّه تَصرَّفَ لنفسِهِ ، وأَمّا الضمانُ : فإِنْ كانَ المالُ باقياً . . فللمالكِ أَنْ يطالبَ بردِّهِ مَنْ شاءَ منهما ، وإِنْ كانَ تالِفاً . . فلَهُ أَنْ يطالبَ بهِ[1] مَنْ شاءَ مِنَ العامِلَينِ ، فإِنْ طالبَ الأَوَّلَ . . لَمْ يرجِعِ الأَوَّلُ علىٰ الثاني ؛ لأَنَّهُ دخلَ معهُ علىٰ الأَمانةِ ، وإِنْ رجعَ بهِ علىٰ الثاني . . فهلْ يرجعُ الثاني علىٰ الأَوَّلِ ؟ فيهِ قولانِ :

[**الأول**] : قالَ في **القديمِ** : (يَرجعُ عليهِ) ؛ لأَنَّهُ غَرَّهُ .

و [**الثاني**] : قالَ في **الجديدِ** : (لا يرجعُ عليهِ) ؛ لأَنَّ التلفَ حصلَ بيدِهِ .

---

(١) أي : بضمانه ، كما في (م) .

فرعٌ : [قارضه علىٰ أَنَّ نصف الربح للمال] :

قالَ الطبريُّ : فإِنْ دفعَ العاملُ المالَ إِلىٰ ربِّ المالِ ، وقالَ : قارضتُكَ علىٰ هٰذا المالِ علىٰ أَنْ يكونَ لكَ نصفَ الرِّبحِ الذي شَرطْتَهُ لي . . لَمْ يَصِحَّ ، ويَبطلُ بهِ عقدُ القِراضِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ .

فرعٌ : [لا يشتري المقارض من مال القراض] :

لا يجوزُ لرَبِّ المالِ أَنْ يشتريَ مِنَ المالِ الذي في يدِ العاملِ للقِراضِ ؛ لأَنَّ المالَ لهُ ، فلا يجوزُ أَنْ يشتريَ منهُ ، كما لا يجوزُ أَنْ يشتريَ مِنْ وكيلِهِ .

وإِنْ كانَ لرجلٍ غلامانِ[1] في القِراضِ معَ كلِّ واحدٍ منهما مالٌ منفردٌ بهِ . . فهلْ يجوزُ لكلِّ واحدٍ منهما[2] أَنْ يشتريَ مِنَ الآخرِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » .

ويجوزُ للسيِّدِ أَنْ يشتريَ مِنْ مُكاتَبِهِ ؛ لأَنَّهُ معهُ كالأَجنبيِّ ، وهلْ يجوزُ للسيِّدِ أَنْ يشتريَ مِنْ عبدِهِ المأذونِ لهُ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإِنْ لَمْ يكنْ علىٰ المأذونِ لهُ دينٌ . . لَمْ يَجُزْ للسيِّدِ[3] أَنْ يشتريَ منهُ ؛ لأَنَّ ما في يدِهِ مِلكُه .

وإِنْ كانَ عليهِ دينُ معاملةٍ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ حقوقَ الغُرماءِ قدْ تعلَّقتْ بما في يدِ العبدِ ، فصارَ كالمستحقِّ لهم ، فصارَ كما لو ٱشترىٰ منهم .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ تعلُّقَ حقِّ الغُرماءِ به لا يخرجُهُ عَنْ ملكِهِ .

---

(١) في (م) : (عاملان) .
(٢) في (م) : (لأحدهما) .
(٣) في نسخة : (له) .

مسأَلةٌ : [شراء عامل القراض عبداً] :

وإِذا دفعَ إِليهِ أَلفَ درهمٍ قِراضاً ، فٱشترىٰ العاملُ عبداً بأَلفِ درهمٍ للقِراضِ . . صحَّ ، فإِنِ ٱشترىٰ عبداً آخرَ بألفٍ للقِراضِ . . لَمْ يَصِحَّ للقِراضِ ؛ لأَنَّ رأسَ المالِ أَلفٌ ، وقدِ ٱستحقَّ تسليمُه للأَوّلِ ، فإِنِ ٱشترىٰ الثانيَ بعينِ الأَلفِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ ٱشترىٰ بمالِ غيرِهِ ما لَمْ يُؤذَنْ لهُ فيهِ ، وإِنِ ٱشترىٰ الثانيَ بأَلفٍ في الذمَّةِ . . لَزِمَ الشراءُ للعاملِ ، والثمنُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ ٱشترىٰ لغيرِهِ ما لَمْ يأذنْ فيهِ ، فلَزِمَهُ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٢٣] : فإِنْ أَقبضَ الأَلفَ في البيعِ الثاني . . ٱنفسخَ البيعُ الأَوّلُ إِذا وقعَ الشراءُ الأَوّلُ بعينِها .

قلتُ : ويحتملُ أَنَّهُ أَرادَ : إِذا تلِفتْ قبلَ أَنْ يقبضَها البائعُ الأَوّلُ .

مسأَلةٌ : [إطلاق يد العامل والإذن له وعدمهما] :

وإِنْ دفعَ إِلىٰ رجلٍ مالاً قِراضاً . . فلا يخلو : إِمّا أَنْ يُطلقَ رَبُّ المالِ الإِذنَ ، أَو يقيِّدهُ .

فإِنْ أَطلقَ . . لَمْ يَجُزْ للعاملِ أَنْ يبيعَ إِلاَّ بنقدِ البلدِ ، ولا يبتاعَ إِلاَّ بنقدِ البلدِ ، ولا يبيعَ إِلىٰ أَجلٍ ، ولا يبتاعَ إِلىٰ أَجلٍ ؛ لأَنَّهُ يتصرَّفُ في مالِ غيرِهِ بغيرِ إِذنهِ ، فٱقتضىٰ الإِطلاقَ ، وذٰلكَ كالوكيلِ ، ولأَنَّ المقصودَ بالقِراضِ طلبُ الرِّبحِ فإِذا باعَ أَوِ ٱبتاعَ إِلىٰ أَجلٍ . . كانَ منافياً للمقصودِ ، ولأَنَّهُ إِذا باعَ إِلىٰ أَجلٍ . . أَخرجَ السلعةَ مِنْ يدِهِ ، وربَّما لَمْ يحصلْ لَهُ الثمنُ ، فإِذا ٱبتاعَ إِلىٰ أَجلٍ . . فإِنَّهُ ٱبتاعَ بفضلٍ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ قالَ لهُ : بِعْ نقداً أَو نسيئةً ، وٱشترِ نقداً أَو نسيئةً . . جازَ لَهُ أَنْ يفعلَ ما شاءَ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ قد أَذِنَ لهُ في ذٰلكَ .

قالَ في « الأُمِّ » : (فإِنْ قالَ لَهُ : تصرَّفْ كيفَ شئتَ ، وٱفعلْ ما ترىٰ . . كانَ كالمُطلِقِ) .

قالَ الطبريُّ : وإِنْ قال : قارضتك علىٰ أَنْ لا تبيعَ إِلاَّ بالنسيئةِ . . فهلْ يَبطلُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، وهو قولُ أَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّهُ مأذونٌ فيهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ مقارضَةٌ[١] علىٰ خلافِ معهودِها ، وفيهِ خطرٌ علىٰ المالِ ، فإِذا قلنا : يَصِحُّ . . فهلْ يَصِحُّ بيعُهُ بالنقدِ ؟ فيهِ وجهانِ .

فرعٌ : [صحَّة شراء المعيب للقراض] :

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ شيئاً معيباً . . صَحَّ شراؤُه للقِراضِ ، ولو وكَّلهُ بشراءِ سِلعةٍ معيَّنَةٍ موصوفةٍ . . لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يشتريَ سِلعةً معيبةً ، فإِنِ ٱشتراها معيبةً . . لم يَصِحَّ ، والفرقُ بينَهما : أَنَّ القصدَ بالقِراضِ[٢] طلبُ الرِّبحِ ، وقدْ يحصلُ الرِّبحُ بطلبِ[٣] المعيبِ ، والقصدَ في شراءِ السلعةِ الموصوفةِ الاقتناءُ ، ولا يُقتنىٰ إِلاَّ السليمُ .

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ شيئاً ظَنَّهُ سليماً ، فبانَ أَنَّهُ معيبٌ . . فللعاملِ أَنْ يفعلَ ما رأَىٰ فيهِ الحَظَّ مِنَ الردِّ والإِمساكِ ؛ لأَنَّهُ قائمٌ مَقامَ رَبِّ المالِ ، وإِنْ حضرَ رَبُّ المالِ والعاملُ ، فإِنِ ٱتَّفقا علىٰ الردِّ أَوِ الإِمساكِ . . فلا كلامَ ، وإِنِ ٱختلفا ، فدعا أَحدُهما إِلىٰ الإِمساكِ والآخرُ إِلىٰ الردِّ . . نَظَرَ الحاكمُ إِلىٰ ما فيهِ الحظُّ مِنْ ذٰلكَ ، فقدَّمَ قولَ مَنْ دعا إِليهِ ؛ لأَنَّ المقصودَ طلبُ الرِّبحِ ، ولكلِّ واحدٍ منهما حقٌّ متعلِّقٌ بهِ ، فقدَّمَ ما فيهِ المصلحةُ[٤] لهما .

مسأَلةٌ : [شراء من يَعتِق علىٰ ربِّ المال بإذنه] :

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ مَنْ يَعتِقُ علىٰ رَبِّ المالِ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ بإِذنِ رَبِّ المالِ . . صَحَّ الشراءُ ، وعَتَقَ علىٰ رَبِّ المالِ ، كما لوِ ٱشتراهُ بنفسهِ ، فإِنِ ٱشتراهُ بجميعِ مالِ القِراضِ . . بَطَلَ القِراضُ ؛ لأَنَّهُ ٱشتراهُ بإِذنِ رَبِّ المالِ ،

---

(١) في (م) : (موافقة) .
(٢) في نسخة : (القراض المقصود منه) .
(٣) في (م) : (في شراء) .
(٤) في (م) : (الحظ) .

وعَتَقَ عليهِ ، فهو كما لو أتلفَهُ رَبُّ المالِ ، فإنْ لَمْ يكنْ في المالِ رِبحٌ . . فلا شيءَ للعاملِ ؛ لأنَّ العاملَ في القِراضِ الصحيحِ لا يستحقُّ شيئاً إذا لَمْ يكنْ في المالِ رِبحٌ ، وإنْ كانَ في المالِ رِبحٌ . . رجعَ العاملُ علىٰ رَبِّ المالِ بقدرِ حصَّتِه مِنَ الرِّبحِ ؛ لأنَّهُ أتلفَ ذٰلكَ ، فلزمَهُ ضمانُهُ ، وإنِ آشتراه ببعضِ مالِ القِراضِ ، فإنْ كانَ الثمنُ مثلَ رأسِ المالِ . . آنفسخَ القِراضُ في رأسِ المالِ ، ويكونُ ما بقيَ مِنَ الرِّبحِ بينَهما ، وإنْ كانَ أقلَّ مِنْ رأسِ المالِ . . آنفسخَ العقدُ ، ورُدَّ الثمنُ[1] ، ويكونُ ما بقيَ مِنْ رأسِ المالِ علىٰ القِراضِ ، والرِّبحُ بينَهما ، وإنْ كانَ الثمنُ أكثرَ مِنْ رأسِ المالِ . . آنفسخَ القِراضُ في جميعِ رأسِ المالِ وبعضِ الرِّبحِ ، ويقتسمانِ ما بقيَ مِنَ الرِّبحِ ، ثُمَّ يَرجِعُ العاملُ علىٰ رَبِّ المالِ بقدرِ حصَّتِه مِنَ الرِّبحِ الذي حصلَ في ثمنِ العبدِ ؛ لأنَّهُ تَلِفَ في حقِّهِ . هٰكذا ذكرَهُ الشيخُ أبو حامدٍ في « التعليقِ » .

وذكرَ القاضي أبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : إذا كانَ الثمنُ جميعَ ما بيدِهِ ، وكانَ بعضُه ربحاً ، وقلنا : يملِكُ العاملُ حصَّتَهُ بالظهورِ ، ولَمْ يعلمِ العاملُ أنَّ الذي آشتراهُ لَهُ يَعتِقُ علىٰ رَبِّ المالِ . . لَمْ يَعتقْ في قدرِ نصيبِه ، إلاَّ أنْ يكونَ لَهُ مالٌ آخرُ ، فيقوَّمُ عليهِ .

وإنِ آشتراهُ العاملُ بغيرِ إذنِ رَبِّ المالِ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في حقِّ رَبِّ المالِ ؛ لأنَّ المقصودَ بالقِراضِ شراءُ ما يَربَحُ فيهِ ، وهٰذا لا يوجدُ في شراءِ مَنْ يعتقُ علىٰ رَبِّ المالِ . فإنِ آشترىٰ بعينِ مالِ القِراضِ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في حقِّ العاملِ أيضاً ، وإنِ آشتراهُ بثمنٍ في الذِّمَّةِ . . صَحَّ الشراءُ في حقِّ العاملِ .

فرعٌ : [شراء زوج المضاربة] :

وإنْ كانَ رَبُّ المالِ آمرأةً ولها زوجٌ عبدٌ ، فآشتراهُ عاملُها في القِراضِ ، فإنِ آشتراهُ بإذنِها . . صَحَّ شراؤُهُ للقِراضِ ، ويَنفسخُ نكاحُها ، كما لوِ آشترتهُ بنفسِها ، وإنِ آشتراهُ بغيرِ إذنِها بعينِ مالِ القِراضِ . . فهلْ يَصِحُّ شراؤُهُ للقِراضِ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (انفسخ القراض في قدرالثمن) .

أحدُهما : يَصِحُّ الشراءُ ، وينفسخُ بهِ النكاحُ ، وهو قولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّ الرِّبحَ يحصُلُ بشِرائِهِ ، فَصَحَّ ، فهو كما لو لَمْ يكنْ لها زوجٌ ، أَو كما لَوْ أَذِنَتْ في شِرائِهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأنَّ إذنَها يقتضي شراءَ ما لَها فيهِ حظٌّ ومنفعةٌ ، وشراءُ زوجِها يَضرُّها ؛ لأنَّهُ يَنفسخُ نِكاحُها ، ويسقطُ بهِ حقُّها مِنَ الكِسوةِ والنفقةِ ، فهو كما لوِ اشترىٰ لها مَنْ يَعتِقُ عليها ، وإنِ اشتراهُ بثمنٍ في ذِمَّتهِ ، فإنْ قُلنا : يَصِحُّ شراؤُهُ للقِراضِ إنِ اشتراهُ بعينِ مالِ القِراضِ . . صَحَّ أيضاً هاهُنا . وإنْ قُلنا هناكَ : لا يَصِحُّ للقِراضِ . . فإنَّهُ يَصِحُّ في حقِّ العاملِ وحدَهُ ، كما قُلنا في العاملِ إذا اشترىٰ مَنْ يَعتِقُ علىٰ رَبِّ المالِ بغيرِ إذنهِ ، بثمنٍ في ذمَّتِهِ .

مسأَلةٌ : [ما يجب على العامل تجاه مال القراض وما لا يجوز له فعله] :

وإذا قارَضَهُ علىٰ مالٍ ؛ ليتَّجرَ بهِ في الحَضَرِ . . فقد ذكرنا : أَنَّهُ يتولّىٰ بنفسهِ ما جرتِ العادةُ أَنْ يتولاّهُ العاملُ بنفسهِ ، ولا يستحقُّ لذٰلكَ عِوَضاً ، وليسَ عليهِ أَنْ يتولّىٰ مِنَ الأَعمالِ ما لَمْ تَجْرِ عادةُ العاملِ أَنْ يتولاّهُ بنفسِهِ ، مثلُ : النداءِ علىٰ المَتاعِ ، وحملِهِ إلىٰ الخاناتِ ، ولَهُ أَنْ يستأْجِرَ مَنْ يعملُ ذٰلكَ مِنْ مالِ القِراضِ .

ولا يستحقُّ أَنْ يُنفِقَ علىٰ نفسِهِ مِنْ مالِ القِراضِ ، ولا يكتسيَ منهُ بلا خلافٍ ؛ لأَنَّهُ إنَّما يستحقُّ الجزءَ المشروطَ لَهُ مِنَ الرِّبحِ دونَ غيرِهِ .

ولا يسافرُ بالمالِ مِنْ غيرِ إذنِ رَبِّ المالِ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (يجوزُ إذا كانَ الطريقُ آمناً) .

دليلُنا : أَنَّ السفرَ فيهِ تَغريرٌ بالمالِ ؛ لأَنَّهُ يَعرُضُ فيهِ الخوفُ والفسادُ ، فلَمْ يملِكْهُ العاملُ مِنْ غيرِ إذنِ رَبِّ المالِ ، كما لو كانَ الطريقُ مخوفاً .

وإنْ أَذنَ لَهُ رَبُّ المالِ أَنْ يسافرَ بالمالِ . . جازَ لَهُ أَنْ يسافرَ بهِ ؛ لأنَّ المنعَ مِنهُ لحقِّه ، وقد رضيَ بهِ ، وإذا سافرَ بهِ . . فعليهِ أَنْ يتولّىٰ مِنَ الأَعمالِ ما جَرتِ العادةُ أَنْ يتولاّهُ العاملُ في السفرِ ، مثلُ : حفظِ المتاعِ ، والنومِ عليهِ ، وليسَ عليهِ أَنْ يتولّىٰ مِنَ

الأَعمالِ ما لَمْ تَجْرِ العادةُ أَنْ يتولاّهُ العاملُ ، مثلُ : رفعِ الأَحمالِ ، وحَطِّها[1] ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ، بلْ يستأجرُ مِنْ مالِ القِراضِ مَنْ يتولاّها . وهلْ تجبُ للعاملِ النفقةُ في السفرِ مِنْ مالِ القِراضِ ، مثلُ : المأكولِ ، والمشروبِ ، وما يحتاجُ إِليهِ مِنَ المركوبِ والملبوسِ ؟

نقلَ المُزنيُّ في « المختصر » [٣/٦٢] : (أَنَّ لَهُ النفقةَ بالمعروفِ) ، وقالَ في « البويطيِّ » : (ليسَ لهُ ذٰلكَ إِلاَّ بإِذنِ رَبِّ المالِ) .

وقالَ المُزنيُّ في « الجامعِ الكبيرِ » : حَفِظتُ عنِ الشافعيِّ : (أَنَّ القراضَ لا يَصِحُّ حتّىٰ يشرِطَ العاملُ لنفسهِ نفقةً معلومةً في كلِّ يومٍ ، وثمنَ ما يلبسهُ للعملِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ علىٰ طريقينِ :

فـ [**الأول**] : قالَ بعضُ أَصحابِنا : لا يستحقُّ العاملُ ذٰلكَ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ إِنفاقٌ علىٰ نفسهِ ، فلَمْ يستحقَّهُ العاملُ في السفرِ ، كمَا لو كانَ في الحضرِ ، وتأَوَّلوا ما نقلَه المُزنيُّ في « المختصرِ » : علىٰ النفقةِ علىٰ الأَعمالِ التي لا يتولاّها العاملُ بنفسهِ .

و [**الطريق الثاني**] : منهم من قالَ : في المسأَلةِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يستحقُّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤَدِّي إِلىٰ أَنْ ينفردَ العاملُ بجميعِ الرِّبحِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يحتاجُ إِلىٰ جميعِ الرِّبحِ للنفقةِ .

والثاني : يستحقُّ ذٰلكَ ، وهو قولُ مالكٍ ؛ لأَنَّ سفرَهُ لأَجلِ المالِ ، فكانتْ نفقتُه فيهِ ، ولأَنّا لو قُلنا : إِنَّه ينفقُ علىٰ نفسهِ مِنْ مالهِ . . لأَدّىٰ إِلىٰ أَنْ لا يحصُلَ لهُ شيءٌ مِنَ الرِّبحِ ؛ لأَنَّهُ قدْ ينفقُ جميعَ نصيبهِ مِنَ الرِّبحِ ، وربَّما لا يَربحُ ، فيَغْرَمُ النفقةَ .

فإِذا قُلنا : لا نفقةَ له . . فلا كلامَ ، وإِذا قُلنا : يستحقُّ النفقةَ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنّه لا يستحقُّ النفقةَ إِلاَّ في الرِّبحِ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ القِراضِ ردُّ رأسِ المالِ .

وكم يستحقُّ مِنَ النفقةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في نسخة : (خفضها) .

أَحدُهما : جميعَ النفقةِ ؛ لأَنّهُ يسافرُ لأَجلِ المالِ ، فكانتْ جميعُ نفقتهِ فيهِ .

والثاني : أَنّهُ يستحقُّ ما زادَ لأَجلِ السفرِ علىٰ نفقةِ الحَضَرِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ هو القدرُ الذي لزمَهُ لأَجلِ السفرِ .

وهلْ يفتقرُ إِلىٰ تقديرِ النفقةِ ؟ فيهِ قولانِ :

[الأَوّلُ] : قالَ في « البويطيِّ » : (يفتقرُ إِلىٰ تقديرِ النفقةِ في عقدِ القِراضِ) ؛ لأَنّهُ جُزءٌ يستحقُّه العاملُ مِنْ مالِ القِراضِ ، فكانَ مُقدَّراً ، كحصَّتهِ مِنَ الرِّبحِ .

والثاني : لا يفتقرُ ، **وهو الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الأَسفارَ تختلفُ ، فيقِلُّ الإِنفاقُ فيها ويكثرُ ، وذٰلكَ لا يمكنُ تقديرُه ، بخلافِ حصَّةِ العاملِ مِنَ الرِّبحِ ، قالَ أَبو العبّاس ، وأَبو إِسحاقَ : يضعفُ التقديرُ جدّاً .

فرعٌ : [سافر مقارضاً وبمالٍ له فالنفقة محصَّصة] :

فإِنْ سافرَ العاملُ في مالِ القِراضِ ، وبمالٍ لهُ . . كانتِ النفقةُ محصَّصةً[1] علىٰ المالينِ .

قالَ أَبو عليٍّ في « الإِفصاحِ » : وإِنَّما تُحصَّصُ النفقةُ علىٰ المالينِ إِذا كانَ مالُهُ مِمّا يقصدُ له السفرُ ، فأَمّا إِذا كانَ يسيراً : فلا حُكمَ له ، وتكونُ النفقةُ والمُؤَنُ كلُّها في مالِ القِراضِ ، وكذٰلكَ : إِنْ سافرَ بمالٍ لهُ ومالينِ منفردينِ لِمقارضينِ لهُ . . كانتْ نفقتُه محصَّصةً علىٰ قدْرِ الأَموالِ فيها ؛ لأَنَّ سفرَهُ لأَجلِها ، فقسِّمتْ نفقتُهُ عليها .

وإِنْ دفعَ إِليهِ مالاً قِراضاً ، وأَذِنَ له في السفرِ فيهِ إِلىٰ بلدٍ ، فلقيَه ربُّ المالِ في تلكَ البلدِ التي سافرَ إِليها ، وقدْ نضَّ المالُ ، فأَخذَهُ رَبُّ المالِ ، وأَرادَ العاملُ الرجوعَ إِلىٰ بلدهِ . . فهل يجبُ علىٰ رَبِّ المالِ نفقةُ الرجوعِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنّهُ آستحقَّ نفقةَ ذهابهِ ورجوعهِ بمقتضىٰ القِراضِ ، فلَمْ تسقطْ نفقةُ رجوعهِ بآسترجاعِ المالِ .

---

(١) محصصة : أي علىٰ مقدار حصة كل منهم .

والثاني : لا يستحقُّ ؛ لأَنَّ عقدَ القِراضِ قدِ ٱنفسخَ ، فلا يستحقُّ بعدَ ذٰلك نفقةً ، كما لو ماتَ العاملُ ، فإِنَّهُ لا يستحقُّ الكفنَ في مالِ القِراضِ .

فرعٌ : [موتُ المقارضِ والعاملُ في السفر يمنعه النفقة] :

ذكرَ الطبريُّ : لو ماتَ رَبُّ المالِ والعاملُ في السفرِ . . فليسَ لهُ أَنْ ينفقَ مِنْ مالِ المقارضةِ ذاهباً ولا راجعاً في أَحدِ الوجهينِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّ المالَ قدْ صارَ للورثَةِ ، فٱفتقرَ إِلىٰ إِذنِهم .

مسأَلةٌ : [وقت ٱستحقاق العامل الربح] :

إِذا قارضَهُ قِراضاً صحيحاً ، وحصلَ في المالِ رِبحٌ . . فمتىٰ يملِكُ العاملُ ما شُرِطَ لهُ حصَّةً مِنَ الرِّبحِ ؟ فيه قولانِ :

أَحدُهما : وهو قولُ مالكٍ ، والمُزنيِّ : (أَنَّه لا يملِكُهُ إِلاَّ بالمقاسَمةِ) ؛ لأَنَّ العاملَ لو مَلَكَ شيئاً مِنَ المالِ قبلَ القسمةِ . . لكانَ شريكاً لرَبِّ المالِ ، حتّىٰ لو تَلفَ شيءٌ مِنَ المالِ . . لكانَ محسوباً مِنَ المالينِ ، فلمّا كانَ التالفُ محسوباً مِنَ الرِّبحِ . . دلَّ علىٰ : أَنَّه لم يملِكْ شيئاً مِنَ المالِ .

والثاني : أَنَّهُ يملِكُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ بالظهورِ ، وهُو قولُ أَبي حنيفةَ . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهو الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ العاملَ إِنَّما يملِكُ فسخَ القِراضِ بالمطالبةِ بحقِّهِ مِنَ الرِّبحِ ، ومَنْ مَلكَ مطالبةَ شريكِهِ بقسمةِ ما بينَهما . . دلَّ علىٰ : أَنَّه يملِكُ حصَّتَهُ بالظهورِ ، كالمالِ بينَ الشريكينِ .

مسأَلةٌ : [لا يقسم الربح إلا برضا المتعاقدين] :

فإِنْ طلبَ أَحدُ المتقارِضينِ قِسمةَ الرِّبحِ بينَهما معَ بقاءِ عقدِ القِراضِ ، وٱمتنعَ الآخرُ . . لَمْ يُجبرِ الممتنعُ ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدٍ منهما غرضاً في الامتناعِ ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ يقولُ : الرِّبحُ وقايةٌ لرأْسِ المالِ ، والعاملُ يقولُ : لا آمنُ أَنْ أَخسرَ ، فأَحتاجَ إِلىٰ ردِّ

ما أَخذتُهُ ، فإنِ ٱتّفقا علىٰ قسمةِ الرِّبح معَ بقاءِ عقدِ القِراضِ . . صحَّ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهما ، فإنْ حَصلَ بعدَ ذٰلكَ في المالِ خُسرانٌ ، وكانَ للعاملِ نصفُ الرِّبحِ ، وقدْ أَخذَهُ . . كانَ علىٰ العاملِ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ نصفِ الخسرانِ ، أَو رَدُّ جميعِ ما أَخَذَ ؛ لأَنَّ الرِّبحَ والخسرانَ حَصلا في عقدٍ واحدٍ ، فجُبرَ أَحدُهما بالآخرِ .

فرعٌ : [اقتسما الربح قبل نهاية المضاربة] :

إذا دفعَ إليهِ أَلفاً ، فٱتَّجرَ بها ، فصارتْ أَلفينِ ، فٱقتسما الرِّبحَ بينَهما وتفاصلا ، ثُمَّ تلِفَ الأَصلُ[1] في يدِ العاملِ من غيرِ تفريطٍ . . فلا شيءَ عليهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (عليهِ أَنْ يردَّ ما أَخَذَ مِنَ الرِّبحِ) .

دليلُنا : أَنَّهما ٱقتسما الفضلَ والأَصلُ حاصلٌ ، فصحَّتِ القسمةُ ، وتُرِكَ أَصلُ المالِ في يدِهِ أَمانةً ، فهو كَما لو ٱستردَّهُ ، ثُمَّ دفعَهُ إليهِ ، فتلِفَ .

فرعٌ : [نَقَصَ مال المضاربة ثم زاد فكيف يقتسمان الربح] :

إنْ دفعَ رجلٌ إلىٰ رجلٍ مئةَ درهمٍ قِراضاً ، فٱتَّجرَ العاملُ فيها ، فخسرَ عشرةً وبقيَ في يدهِ تسعونَ درهماً ، فأَخذَ رَبُّ المالِ عشرةً منها ، ثُمَّ ٱتَّجرَ العاملُ بالثمانينَ ، فبلغت مئةً وخمسينَ درهماً . . فإنَّ رأسَ المالِ يكونُ هاهنا تسعةً وثمانينَ درهماً إلاَّ تُسعَ درهمٍ ، وما زادَ علىٰ ذٰلكَ رِبحٌ يقتسمانِهِ علىٰ ما شرَطَاهُ بينَهما ؛ لأَنَّ رأسَ المالِ كانَ مئةً ، فلمّا خسرَ عشرةً . . بقيَ في يدِ العاملِ تسعونَ .

ولو أَخذَ رَبُّ المالِ جميعَ التسعينَ . . ٱنفسخَ القِراضُ فيها وفي العشرةِ التي خسرَها العامِلُ ، فلمّا أَخذَ رَبُّ المالِ عشرةً لا غيرَ . . ٱنفسخَ القِراضُ فيها وفي قسطِها مِنَ الخسرانِ ، والعشرةُ المأْخوذةُ هيَ تُسعُ التسعينَ ، وقِسطُها مِنَ الخسرانِ درهمٌ وتُسعُ درهمٍ ؛ لأَنَّكَ إذا قسمتَ العشرةَ علىٰ تسعينَ أَصابَ كلَّ عشرةٍ درهمٌ وتُسعُ درهمٍ ، فٱحتجتَ أَنْ تُسقطَ ما خصَّ العشرةَ المأخوذةَ وما خصَّها مِنَ الخسرانِ مِنْ رأسِ المالِ ،

---

(١) في (م) : (الألف الآخر) .

وهو مئةٌ ، فيبقىٰ تسعةٌ وثمانونَ دِرهماً إلاَّ تُسعُ دِرهمٍ ، ويكونُ الباقي مِنْ المئةِ هو رأسُ المالِ ، وما زادَ علىٰ ذٰلكَ رِبحٌ .

فإنْ كانتْ بحالِها وخسرَ العاملُ مِنَ المئةِ عشرينَ درهماً ، ثُمَّ أخذَ رَبُّ المالِ مِنَ الباقي عشرينَ درهماً ، ثُمَّ ٱتَّجرَ العاملُ فيما بقيَ ، وهو سِتُّونَ ، فبلغَ مئةً وخمسينَ . . فإنَّ رأسَ المالِ هاهُنا يكونُ خمسةً وسبعينَ ، وما زادَ فهو رِبحٌ ؛ لأنَّهُ لَمّا خسرَ عشرينَ وبقيَ ثمانونَ ، فأَخذَ رَبُّ المالِ عشرينَ منها ، وذٰلكَ ربعُها ، فسقطتْ هيَ وما قابَلها مِنَ الخسرانِ مِنْ رأسَ المالِ ، والذي قابلَها مِنَ الخسرانِ خمسةٌ ؛ لأنَّ العشرينَ ـ التي هي خسرانٌ ـ مقسومةٌ علىٰ الثمانينَ . . فكأنَّهُ أخذَ مِنَ المئةِ خمسةً وعشرينَ ، وتبقّىٰ خمسةٌ وسبعونَ ، هي رأسُ المالِ .

وإنْ كانت هي بحالِها ، غيرَ أنَّ العاملَ خسرَ مِنَ المئةِ عشرينَ ، ثُمَّ أَخذَ رَبُّ المالِ مِنَ الثمانينَ أَربعينَ ، ثُمَّ ٱتَّجَرَ العاملُ ، فبلغتْ سِتِّينَ . . فإنَّ رأْسَ المالِ يكونُ خمسينَ ؛ لأنَّهُ لمّا أَخذَ مِنَ الثمانينَ نصفَها . . ٱنفسخَ القِراضُ فيها وفيما يخصُّها مِنَ الخُسرانِ ، وهو عشرَةٌ ، فكأَنَّهُ أَخذَ خمسينَ مِنْ مئةٍ .

وهٰكذا : لو خسرَ العاملُ مِنَ المئةِ[1] عشرةً ، وبقيَ في يدهِ تسعونَ ، فأَخذَ رَبُّ المالِ منها خمسةً وأَربعينَ ، ثُمَّ ٱتَّجَرَ العاملُ ورَبِحَ . . فإنَّ رأْسَ المالِ يكونُ خمسينَ ، وما زادَ فهو رِبحٌ ؛ لأنَّهُ لمّا أَخذَ مِنَ التسعينَ نصفَها . . ٱنفسخَ فيها القِراضُ وفيما يخصُّها مِنَ الخسرانِ ، وهو خمسةٌ ، فكأَنَّهُ أَخذَ خمسينَ مِنْ مئةٍ ، فلمّا ٱتَّجَرَ العاملُ ورَبِحَ . . كانَ رأْسُ المالِ ما بقيَ بعدَ المأخوذِ .

فرعٌ : [أخذ المقارض نصف رأس المال بعد الربح ثم اتَّجر العامل بالباقي] :

فإنْ دفعَ إليهِ مئةَ درهمٍ قِراضاً ، علىٰ أَنَّ الرِّبحَ بينَهما نصفانِ ، فٱتَّجَرَ العاملُ فيها ، فبلغتْ مئةً وسِتِّينَ دِرهماً منها ، فأخذَ ربُّ المال ثمانينَ درهماً منها ، ثُمَّ اتَّجَرَ العاملُ في الباقي ، فخسرَ حتَّىٰ بلغتْ عشرينَ . . فإنَّ العاملَ يردُّ العشرينَ التي بقيتْ في يدهِ إلىٰ

(١) في (م) : (المال) .

رَبِّ المالِ ، ويأْخذُ مِنْ رَبِّ المالِ خمسةَ عشرَ درهماً مِنَ الثمانينَ التي قبضها ، وإِنَّما كانَ كذٰلكَ ؛ لأنَّ المالَ لمّا بلغَ مئةً وسِتِّينَ درهماً ، فإِنَّ خمسةَ أثمانِ المالِ ـ وهو مئةٌ ـ هو رأْسُ المالِ ، وثلاثةُ أثمانِهِ ـ وهوَ ستُّونَ ـ رِبحٌ ، فلمّا أَخذَ رَبُّ المالِ الثمانينَ مِنَ المالينِ . . كانَ خمسةُ أثمانِهِ ـ وهو خمسونَ درهماً ـ من رأْسِ المالِ ، وثلاثةُ أثمانِهِ ـ وهو ثلاثونَ ـ مِنَ الرِّبحِ . . لا يُجبرُ بهِ الخسرانُ ؛ لأنَّ المأخوذَ قدِ ٱنفسختْ فيهِ المضاربةُ ، فكانَ للعاملِ نصفُ ذٰلكَ الرِّبحِ ، وهوَ خمسةَ عشرَ . وإِنْ كانتْ بحالِها ، فأتَّجرَ العاملُ في المئةِ ، فبلغتْ مئةً وخمسينَ درهماً ، ثُمَّ أَخذَ رَبُّ المالِ خمسينَ درهماً منها ، وبقيَ في يدِ العاملِ مئةٌ ، فأتَّجرَ فيها ، فعادتْ إِلىٰ خمسينَ . . فإِنَّ العاملَ يردُّ الخمسينَ التي في يدِهِ إِلىٰ رَبِّ المالِ ، ويأخذُ مِنَ الخمسينَ التي أَخذها رَبُّ المالِ سدُسَها ؛ لأنَّ ثلثي الخمسينَ المأخوذةَ رأْسُ المالِ ، وثلثَها رِبحٌ ، وللعاملِ نصفُ الرِّبحِ .

وإِنْ رَبحَ العاملُ في المئةِ عشرينَ ، فأَخذ رَبُّ المالِ منها سِتِّينَ ، ثُمَّ ٱتَّجرَ العاملُ في السِّتِّينَ الباقيةِ ، فخسرَ ، فعادتْ إِلىٰ أَربعينَ أَو أَقلَّ . . فإِنَّهُ يردُّ ما بقيَ في يدِهِ إِلىٰ رَبِّ المالِ ، ويأخذُ مِنْ رَبِّ المالِ نصفَ سُدُسِ السِّتِّينَ ، وهو خمسةٌ ؛ للمعنىٰ الذي ذكرناهُ .

فرعٌ : [قارضه علىٰ ألف وأضافه ألفاً أخرىٰ والربح بينهما] :

وإِنْ دفعَ إِليهِ أَلفاً قِراضاً ، علىٰ أَنَّ الرِّبحَ بينَهما نصفانِ ، ثُمَّ دفعَ إِليهِ أَلفاً قِراضاً ، علىٰ أَنْ يضمَّها إِلىٰ الأُولىٰ ، ويعملَ عليهِما ، ويكونَ الرِّبحُ بينهما نصفينِ . . قالَ الشافعيُّ : (فإِنْ قارضَهُ علىٰ الثانيةِ قَبلَ أَنْ يتصرَّفَ في الأُولىٰ . . صَحَّ القِراضُ فيهما ، وإِنْ قارضَهُ علىٰ الثانيةِ بعدَ أَنْ تصرَّفَ في الأُولىٰ . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ علىٰ الثانيةِ) .

ووجهُهُ : أَنَّهُ عقدَ معهُ قِراضينِ علىٰ كلِّ واحدٍ مِنَ الألفينِ قِراضاً ، ومِنْ شأنِ العقدينِ أَنْ لا يُبْنىٰ أَحدُهما علىٰ الآخرِ في الرِّبحِ والخُسرانِ ، فإِذا كانَ قدْ تصرَّفَ في الأُولىٰ . . فربَّما حصلَ فيهِ رِبحٌ أَوْ خسرانٌ ، فإِذا ضمَّ الثانيةَ إِليها . . جبرَ الخُسرانَ في الأُولىٰ بالثانيةِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، وإِذا لَمْ يكنْ تصرَّفَ في الأُولىٰ . . فإِنَّهُ لا يفضي إِلىٰ أَنْ

يَجبُرَ خسرانَ إحداهما في الأخرىٰ ، بل إِنْ حصلَ خُسرانٌ . . فهو فيهما ، وإِنْ حصلَ ربحٌ . . فهو فيهما ، وإِنْ تصرَّفَ في الأُولىٰ ونضَّتْ . . فقالَ القاضي أَبو الطيِّب في « المجرَّدِ » : جازَ ضمُّ الثانيةِ إِليها ؛ لأَنَّهُ قدْ أَمِنَ المعنىٰ الذي ذكرناهُ ، وصارَ كأَنَّهُ لَمْ يتصرَّفْ في الأُولىٰ .

فرعٌ : [شراء عامل القراض من يَعتِق عليه] :

وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ مَنْ يعتقُ عليهِ ، كٱبنِهِ وأَبيهِ ، بمالِ القِراضِ بغيرِ إِذنِ رَبِّ المالِ . . نَظرتَ :

فإِنْ لَمْ يكنْ في المالِ ربحٌ حالَ ما ٱشتراهُ . . صَحَّ شراؤُهُ ؛ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ علىٰ رَبِّ المالِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ بيعهُ ، فإِنْ ظهرَ في المالِ رِبحٌ . . فلا كلامَ ، وإِنْ كانَ في المالِ رِبحٌ قبلَ أَنْ يُبتاعَ العبدُ ، فإِنْ قلنا : إِنَّ العاملَ لا يملِكُ حصَّتَهُ منَ الرِّبحِ إِلاَّ بالقسمةِ . . لَمْ يعتِقِ الأَبُ ولا شيءٌ منهُ ؛ لأَنَّ العاملَ لا يملِكُ منهُ شيئاً ، فإِنِ ٱقتسما الرِّبحَ ، وحصلَ في نصيبِ العاملِ . . عَتَقَ عليهِ ، وإِنْ حصلَ في نصيبِ رَبِّ المالِ . . لَمْ يَعتِقْ عليهِ ، وإِنْ حصلَ بينَهما . . عَتَقَ علىٰ العاملِ نصيبهُ منهُ ، وقُوِّمَ عليهِ نصيبُ ربِّ المالِ فيهِ إِنْ كانَ العاملُ موسِراً بقيمةِ نصيبِ رَبِّ المالِ . وإِن قلنا : إِنَّ العاملَ يملِكُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ بالظهورِ . . فهلْ يعتِقُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يعتِقُ عليهِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ عليهِ غيرُ تامٍّ قبلَ القسمةِ ؛ لأَنَّ الرِّبحَ قبلَ القسمةِ وِقايةٌ لرأْسِ المالِ ، وإِنَّما يتمُّ مِلكُهُ بالقسمةِ .

فعلىٰ هٰذا : حكمُه حكمُ ما ذكرناهُ إِذا قلنا : لا يملِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ إِلاَّ بالقسمةِ .

والوجهُ الثاني : يَعتِقُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ مَلكَهُ ، فعَتَقَ عليهِ ، كما لوِ ٱشترىٰ العاملُ مَنْ يَعتِقُ علىٰ رَبِّ المالِ بإِذنهِ .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ كانَ العاملُ يملِكُ مِنَ الرِّبحِ بقدرِ قيمتِهِ . . عَتَقَ عليهِ جميعُهُ ، ولا كلامَ ، وإِنْ كانَ لا يملِكُ مِنَ الرِّبحِ إِلاَّ بقدرِ بعضِ قيمتِهِ . . عَتقَ عليهِ ذٰلكَ القَدرُ ، وقوِّمَ

عليهِ نصيبُ رَبِّ المالِ فيهِ إنْ كانَ العاملُ موسراً بهِ ، وإنْ لَمْ يكنْ لَهُ مالٌ آخرُ . . عَتقَ منهُ بقدرِ نصيبِ العاملِ لا غيرَ[1] .

وأَمّا إذا ٱشتراهُ وفي المالِ رِبحٌ حينَ الشراءِ :

فإنْ قُلنا : إنَّ العاملَ لا يملِكُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ إلاَّ بالمقاسمةِ ، أَو قُلنا : إنَّهُ يملِكُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ بالظهورِ ، وقُلنا ـ بأَحدِ الوجهينِ في المسأَلةِ قَبْلَها ـ علىٰ هٰذا القولِ : إنَّهُ لا يَعتِقُ عليهِ . . صَحَّ شراؤُهُ هاهُنا ؛ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ علىٰ رَبِّ المالِ بذٰلكَ .

وإنْ قلنا : يملكُ حِصَّتَهُ مِنَ المالِ بالظهورِ ، وقُلنا ـ بأَحدِ الوجهينِ في المسأَلةِ قَبْلَها ـ علىٰ هٰذا القولِ : إنَّهُ يَعتِقُ عليهِ حصَّتُهُ منهُ . . فهلْ يَصِحُّ الشراءُ هاهُنا ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُما شريكانِ في المالِ ، وأَحدُ الشريكينِ إذا ٱشترىٰ مَنْ يَعتِقُ عليهِ . . صَحَّ شراؤُهُ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانَ العاملُ يملكُ مِنَ الرِّبحِ قَدْرَ قيمته يومَ الشراءِ . . عَتقَ عليهِ ، وإنْ كانَ لا يملِكُ مِنَ الرِّبحِ إلاَّ أَقلَّ مِنْ قيمتِهِ ، فإنْ كانَ موسراً بقيمةِ الباقي . . عَتقَ عليهِ ، وإنْ كانَ مُعْسراً بقيمةِ باقيهِ . . عَتقَ عليهِ بقيمةِ قَدْرِ ما ملكَ مِنَ الرِّبحِ مِنْ رقبتِهِ ، وَرُقَّ الباقي .

والوجهُ الثاني : لا يَصِحُّ الشراءُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إلىٰ تنجُزِ حقِّ العاملِ قبلَ رَبِّ المالِ ، ولأَنَّهُ إذا عَتقَ بعضُهُ ، ولَمْ يكنْ موسراً بقيمةِ الباقي . . نقَصتْ قيمةُ الباقي ، وٱستضرَّ رَبُّ المالِ بذٰلكَ ، والعاملُ لا يملِكُ تصرُّفاً فيهِ ضررٌ علىٰ رَبِّ المالِ .

مسأَلةٌ : [يد عامل القراض يد أمانة] :

والعاملُ أَمينٌ علىٰ مالِ القِراضِ ، لا يضمنُ شيئاً منهُ إلاَّ بالتعدِّي ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ ٱئتمنَهُ عليهِ ، فهو كالمودَعِ .

---

(١) جاء النص في(م) : (وإن لم يكن له مال آخر . عتق عليه نصيب ربّ المال ، وإن قلنا : إن العامل يملك حصته من الربح عتق منه قدر نصيب العامل لا غير) .

فرعٌ : [إذا فرَّطَ العامل بمالِ القِراضِ ضمنَهُ] :

فإنْ خَلَطَ العاملُ مالَ القِراضِ بمالٍ لهُ ، ولَمْ يتميَّزا . . صارَ ضامناً لَهُ ؛ لأنَّهُ تعدّىٰ بذٰلكَ فضمنَهُ ، كالمودَعِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وإنْ أَخذَ العاملُ مِنَ رَبِّ المالِ ما ليسَ يمكنُهُ القيامُ فيهِ والتصرُّفُ ، فتصرَّفَ فيهِ وتلِفَ ، أَو تلِفَ بعضُهُ . . لزمَهُ ضمانُهُ ؛ لأنَّهُ كانَ يمكنُهُ أَنْ لا يأخذَ إلاَّ ما يمكنُهُ القيامُ بحفظِهِ والتصرُّفُ فيهِ ، فإذا أَخذَ أَكثرَ مِنْ ذٰلكَ . . صارَ مفرِّطاً فيهِ ، فضمنَهُ .

فرعٌ : [قارضَه بألفي درهمٍ فتلفَ أَحدهُما فيحسبُ مِنَ الرِّبحِ أو رأسِ المالِ] :

وإنْ دَفعَ رجلٌ إلىٰ رجلٍ آخرَ أَلفي درهمٍ قِراضاً ، فتلِفَ أَحدُهما . . نَظرتَ فيهِ :

فإنْ تلِفَ في يدِ العاملِ قبلَ أَنْ يتصرَّفَ . . ٱنفسخَ القِراضُ فيها ، وكانَ رأْسُ المالِ الأَلفَ الأُخرىٰ لا غيرَ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّها تلفتْ وهي باقيةٌ بعينِها ، فهي كما لو تلفتْ قبلَ أَنْ يقبضَها العاملُ .

وإنْ تصرَّفَ العاملُ بالأَلفينِ ، وٱشترىٰ بهما وباعَ ، ونضَّ المالُ ، ثُمَّ تلِفَ منهُ أَلفٌ . . فإنَّ التالِفَ يكونُ مِنَ الرِّبحِ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّ الرِّبحَ وقايةٌ لرأْسِ المالِ ، فكانَ محسوباً منهُ .

وإنِ ٱشترىٰ بكلِّ واحدٍ مِنَ الأَلفينِ عبداً ، فتلفَ أَحدُهما . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّ التالفَ مِنْ رأسِ المالِ ، فيكونُ رأسُ المالِ أَلفاً لا غيرَ ؛ لأَنَّ العبدينِ بدلُ الأَلفينِ ، ولو تلفَ أَحدُ الأَلفينِ . . لكانَ محسُوباً مِنْ رأسِ المالِ ، فكذٰلكَ إذا تلفَ ما هو بدلٌ عنهُ .

والثاني : أَنَّ التالفَ يُحسبُ مِنْ الرِّبحِ . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الصحيحُ**[1] ،

---

(١) في (م) : (الأصح) .

ويكونُ رأسُ المالِ ألفينِ ؛ لأنَّهُ تلفَ بعدَ أنْ تصرَّفَ فيهِ ، فكانَ محسوباً مِنَ الرِّبحِ ، كما لو باعَ العبدَ ، وتلفَ ثمنُهُ .

فرعٌ : [اشترىٰ عبداً فتلِفَ مالُ القراضِ قبل تسليم ثمنهِ] :

وإنْ دفعَ إلىٰ رجلٍ ألفَ درهمٍ قِراضاً ، فاشترىٰ العاملُ عبداً للقِراضِ ، فتلفَ الألفُ قبلَ أنْ يسلِّمهُ إلىٰ بائعِ العبدِ . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ العاملُ اشترىٰ العبدَ بعينِ الألفِ . . بطلَ بيعُ العبدِ ، وانفسخَ القِراضُ ؛ لأنَّ تلفَ الثمنِ المعيَّنِ قبلَ القبضِ يَبطلُ بهِ البيعُ .

وإنِ اشترىٰ العبدَ بثمنٍ في ذمَّتهِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ تَلَفُ الألفِ قبلَ الشراءِ . . فإنَّ القِراضَ ينفسخُ في الألفِ ، ويلزمُ العاملَ ثمنُ العبدِ الذي اشتراهُ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّهُ اشتراهُ بعدَ انفساخِ القِراضِ ، فلزمَهُ الثمنُ .

وإنْ تلفَ الألفُ بعدَ الشراءِ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : أنَّ الألفَ تلزمُ العاملَ ؛ لأنَّ إذنَ رَبِّ المالِ إنَّما تضمَّنَ التصرُّفَ في قدرِ المالِ الذي دفعَهُ إليهِ في القِراضِ ، ولَمْ يضمنْ أنْ يلزمَهُ أكثرُ منهُ .

والثاني : أنَّ الألفَ تلزمُ رَبَّ المالِ ؛ لأنَّ العاملَ اشترىٰ العبدَ لرَبِّ المالِ ؛ لأنَّ إذنَهُ لَهُ تضمَّنَ الشراءَ بعينِ المالِ وبثمنٍ في الذمَّة ، كرجلٍ وكَّلَ وكيلاً ليشتريَ لَهُ عبداً بثمنٍ في ذِمَّتهِ ، فسلَّمَ إليهِ ألفاً لينقدَها في الثمنِ ، فاشترىٰ لَهُ عبداً بألفٍ في ذمَّتهِ ، ثمَّ تلفَ الألفُ قبلَ أنْ يسلِّمَهُ ، فإنَّ الموكِّلَ يلزمُه ثمنُ العبدِ .

فإذا قلنا بهٰذا : ففي قَدْرِ رأسِ المالِ الوجهانِ في المسألَةِ قبلها :

أحدُهما : أنَّ رأسَ المالِ الألفانِ الأوَّلُ والثاني .

والوجهُ الثاني : أنَّ رأسَ المالِ الألفُ الثاني لا غيرَ .

فروعٌ ثلاثةٌ ـ ذكرَها أبو العبّاس ـ :

الأَوَّلُ : [ٱشترىٰ بمالِ القراضِ عبداً فقتلَهُ عبدٌ آخرُ عمداً] :

إِذا ٱشترىٰ العاملُ عبداً بمالِ القِراضِ ، فقتلَهُ عبدٌ آخرُ عمْداً . . نظرتَ :

فإِنْ لَمْ يظهرْ في المالِ رِبحٌ حينَ القتلِ . . فالحقُّ في ذٰلكَ لرَبِّ المالِ ، فإِنِ ٱقتصَّ مِنَ العبدِ القاتلِ . . جازَ ، وإِنْ عفا عنه علىٰ غيرِ مالٍ . . صحَّ ، وٱنفسخَ القِراضُ في قدرِ قيمةِ العبدِ المقتولِ ، وإِنْ عفا عنهُ علىٰ مالٍ . . صَحَّ ، وكانَ القِراضُ ثابتاً في المالِ الذي عفا عنهُ ؛ لأَنَّهُ بدلٌ عَنِ العبدِ ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ المالُ مِثلَ قيمةِ العبدِ المقتولِ ، أَو دونَهُ . . كانَ ذٰلكَ لرَبِّ المالِ ، وإِنْ كانَ أَكثرَ مِنْ قيمةِ المقتولِ . . كانَ قدرُ قيمةِ المقتولِ لرَبِّ المالِ ، وما زادَ علىٰ ذٰلكَ رِبحٌ بينَهما .

وإِنْ كانَ قدْ ظهرَ في المالِ رِبحٌ حينَ القتلِ . . فالحقُّ فيهِ لرَبِّ المالِ والعاملِ ، وهُما بالخيارِ ، فإِنْ تراضيا علىٰ القِصاصِ . . ٱقتصّا ، وإِنْ عَفَوا علىٰ مالٍ أَو علىٰ غيرِ مالٍ . . صحَّ ، وإِنْ عَفا أَحدُهما عنِ القصاصِ . . صحَّ عَفْوهُ ، ولَمْ يكن للآخَرِ أَنْ يقتصَّ ؛ لأَنَّ العاملَ يملِكُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ في أَحدِ القولينِ ، وفي الآخَرِ قدْ تعلَّقَ لَهُ فيهِ حقٌّ .

الفرع الثاني : [ٱشترىٰ العامل بمال القراض جارية ، لَم يجز له وطؤها] :

إِذا ٱشترىٰ العاملُ جاريَةً للقِراضِ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ وطؤُها ؛ لأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَظهرْ في المالِ رِبحٌ . . فهي مِلكٌ لرَبِّ المالِ ، ولا يجوزُ لهُ وطءُ جاريةِ غيرِهِ ، وإِنْ ظهرَ في المالِ رِبحٌ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّه لا يملِكُ شيئاً مِنَ الرِّبحِ إِلا بالقسمةِ . . فهي جاريةُ غيرِهِ ، وإِنْ قلنا : إِنَّهُ يملِكُهُ بالظهورِ . . فهي جاريةٌ مشتركةٌ بينَهما ، ولا يجوزُ لأَحدِ الشريكينِ وطءُ الجاريةِ المشترَكَةِ .

ولا يجوزُ لرَبِّ المالِ وطؤُها ؛ لأَنَّهُ إِنْ كانَ في المالِ رِبحٌ ، وقلنا : يملِكُ العاملُ حصَّتَهُ بالظهورِ . . فهي مشترَكةٌ بينَهما ، وإِنْ قلنا : لا يملِكُهُ إِلاَّ بالقسمةِ ، أَو لَمْ يظهرْ في المالِ رِبحٌ . . فهي معرَّضةٌ لكي يحصُلَ فيها رِبحٌ ، فيتعلَّقَ بها حقُّ العاملِ ، والوطءُ يَنقُصُها ، وربَّما أَحبَلَها .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ أَذِنَ رَبُّ المالِ للعاملِ في وطئِها. . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّ الوطءَ لا يُستباحُ بالإباحةِ ، وإنْ أَذِنَ العاملُ لرَبِّ المالِ في وطئِها ، فإنْ كانَ قد ظهرَ في المالِ رِبحٌ ، وقلنا : إنَّهُ يملِكُ حصَّتَهُ منهُ بالظهورِ. . لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذكرناهُ ، وإنْ قُلنا : لا يملِكُهُ إلاَّ بالقسمةِ ، أَو لَمْ يَظهرْ في المالِ رِبحٌ . . جازَ لرَبِّ المالِ وطؤُها ، كما لو أَذِنَ المرتَهِنُ للراهنِ في وطءِ الجاريةِ المرهونةِ .

الفرعُ الثالثُ : [جارية القراض لا تزوَّج] :

إذا اشترىٰ العاملُ جاريةً للقِراضِ ، فأَرادَ أَحدُهما أَنْ يزوِّجَها دونَ الآخرِ. . لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذكرناهُ في الوطءِ ، فإنْ تراضيا علىٰ ذٰلكَ. . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهُما ، ولو اشترىٰ العبدُ المأذونُ لهُ في التجارةِ جاريةً ، وأَرادَ السيِّدُ تزويجَها ، فإنْ لَمْ يكنْ علىٰ المأذونِ لَهُ دَينٌ. . جازَ ذٰلكَ بغيرِ رِضا المأذونِ لهُ ؛ لأَنَّ المِلكَ فيها للسيِّدِ دونَهُ ، وإنْ كانَ علىٰ المأذونِ لَهُ دَينٌ. . لَمْ يَجُزْ للسيِّدِ ؛ لأَنَّ حقوقَ الغُرماءِ تعلَّقتْ بها .

فرعٌ : [اشترىٰ عبداً للقراض ، لمْ يجزْ لأحدهما مكاتَبتُه دونَ الآخر] :

قالَ الشافعيُّ : (إذا اشترىٰ العاملُ عبداً للقِراضِ ، فأَرادَ أَحدُهما أَنْ يكاتبَهُ دونَ الآخرِ. . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّ الكتابةَ إتلافٌ ، فإنِ اتَّفقا علىٰ كتابتِهِ. . جازَ ، ثُمَّ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ العبدُ يساوي أَلفاً ، ولا رِبحَ في المالِ ، وكاتباهُ علىٰ أَلفٍ فأَدّاهُ. . عَتَقَ ، وكانتِ الأَلفُ لرَبِّ المالِ ، والولاءُ له ، ولا حقَّ للعاملِ فيه ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَحصلْ في المالِ فضلٌ .

وإنْ كاتباهُ علىٰ أَلفينِ ـ وكانَ الرِّبحُ بينَهما نصفينِ ـ فأَدّىٰ العبدُ ذٰلكَ. . عَتَقَ عليهما ، وكانَ لرَبِّ المالِ أَلفُ درهمٍ رأسُ مالِهِ ، والأَلفُ الثانيةُ بينَهما نصفانِ ، فيكونُ الوَلاءُ بينَهما : لرَبِّ المالِ ثلاثةُ أَرباعِ الوَلاءِ ، وللعاملِ رُبُعُ الوَلاءِ) .

فرعٌ : [اشترىٰ جارية للمقارضِ الأوَّلِ ، ثُمَّ للثاني ، فاشتبهتا] :

إذا قارضَ رجلٌ رجلاً علىٰ مالٍ ، ثُمَّ قارضَ رجلٌ آخرُ العاملَ علىٰ مالٍ آخرَ . . صَحَّ القِراضُ الثاني .

وقالَ أحمدُ : (لا يَصِحُّ الثاني إذا كانَ فيهِ ضَررٌ علىٰ الأوَّلِ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا عقدٌ جائزٌ ، فلا يمنعُ العقدَ معَ المعقودِ معهُ ، كالوكالةِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنِ اشترىٰ العاملُ للأَوَّلِ جاريةً بمئةٍ ، ثُمَّ اشترىٰ للثاني جاريةً بمئةٍ ، واشتَبَهتا ، ولَمْ تتميَّزا . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الجاريتينِ تكونانِ للعاملِ ، سواءٌ كانَ فيهما رِبحٌ أَو خُسرانٌ ، وعليهِ قيمتُهُما لرَبَّي المالَيْنِ ؛ لأنَّ اختلاطَهُما بسببٍ منه ، فصارَ كما لو أَتلفَهُما . هٰكذا ذكرَ الشيخانِ : أَبو حامدٍ ، وأَبو إسحاقَ .

وذكرَ ابنُ الصبّاغِ : أَنَّ عليهِ ـ علىٰ هٰذا القولِ ـ ضمانَ المالَينِ ، وأَرادَ : المالَينِ اللَّذَيْنِ اشترىٰ بهما الجاريتينِ .

والقولُ الثاني : أَنَّ رَبَّيِ المالَينِ يكونانِ شريكينِ في الجاريتينِ ، كما لو اختلطَ لرجلينِ كيسانِ .

فعلىٰ هٰذا : تباعُ الجاريتانِ ، فإنْ كانَ ثَمنُهُما قدرَ رأْسِ مالِهما . . اقتسمهُ رَبّا المالَينِ ، وإنْ كانَ فيهِ رِبحٌ . . قاسمَهُما العاملُ بحسَبِ شَرْطِهِ معَ كلِّ واحدٍ منهُما ، وإنْ كانَ فيهِ خُسرانٌ . . كانَ ضمانُهُ علىٰ العاملِ ؛ لأَنَّهُ حصلَ بتفريطِهِ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : وهٰذا فيهِ نظرٌ عندي ؛ لأنَّ المُفرِّطَ لا يضمنُ نقصانَ السوقِ ، كالغاصبِ .

فرعٌ : [جنىٰ عبد المضاربة علىٰ غيره فله الفدية من مال المضاربة] :

قالَ الطبريُّ : لو جنىٰ عبدُ المضاربةِ علىٰ غيرِهِ . . كانَ للمضاربِ أَنْ يفديَهُ مِنْ مالِ المضاربةِ في أَحدِ الوجهينِ ؛ لأَنَّهُ مِنْ صلاحِهِ ، فهو كالنفقةِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ ، ولو

أَرادَ العاملُ أَنْ يبيعَ العبدَ في أَرْشِ الجنايةِ. . قالَ سهلٌ : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ لهُ مِلكَ المنفعةِ دونَ الرقبةِ ، كالمستعيرِ .

قالَ الطبريُّ : وإِنِ ٱشترىٰ العاملُ عبداً بأَلفٍ ، وهو يساويهِ ، ثُمَّ رجعتْ قيمتُهُ إِلىٰ خمسِ مئةٍ ، ثُمَّ قَتَل رجلاً وله ٱبنانِ ، فعفا أَحدُهما عنِ القصاصِ ، فباعَ رَبُّ المالِ نصفَهُ بحقِّ الابنِ الثاني. . تعلَّقَ بالنصفِ الثاني رأسُ المالِ بخمسِ مئةٍ في أَحدِ القولينِ ؛ لأنَّ الذاهبَ في حكمِ المستهلَكِ ، ويستحيلُ أَنْ يتَّفقا علىٰ المضاربةِ ، ففي الحقيقةِ : الذي بقيَ علىٰ المضاربةِ نصفُ العبدِ ، فيكونُ علىٰ المضاربةِ بنصفِ مالِ المضاربةِ ، حتّىٰ إِنْ زادتْ. . كانتِ الزيادةُ رِبحاً بينَهما .

مسأَلةٌ : [يفسخ القراض أحد المتعاقدين] :

قد ذكرنا : أَنَّ عقدَ القِراضِ غيرُ لازمٍ ، ولكلِّ واحدٍ منهما أَنْ يفسخَهُ متىٰ شاءَ ، كالوكالةِ ، فإِذا فسخاهُ ، أَو فسخَهُ أَحدُهما. . ٱنفسخَ ، وليسَ للعاملِ أَنْ يشتريَ بعدَ ذٰلكَ شيئاً بمالِ القِراضِ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما ٱشترىٰ معَ بقاءِ القِراضِ وقدِ ٱنفسخَ . وأَمّا البيعُ : فينظرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ المالُ ناضّاً مِنْ جنسِ رأسِ المالِ. . أَخذَ رَبُّ المالِ مِنْ رأْسِ مالِهِ ، فإِنْ كانَ هناكَ رِبحٌ. . ٱقتسماهُ ، وإِنْ لَمْ يكنْ هُناكَ رِبحٌ. . فلا شيءَ للعاملِ ؛ لأَنَّهُ لا يستحقُّ في العملِ بالعقدِ الصحيحِ في القِراضِ إِلاَّ ما شُرِطَ لَهُ مِنَ الرِّبحِ ، ولا رِبحَ هاهُنا .

وإِنْ كانَ المالُ عَرَضاً أَو نقداً مِنْ غيرِ جنسِ رأسِ المالِ ، فإِنِ ٱتَّفقا علىٰ بيعهِ. . باعَهُ العاملُ ، فإِنْ لَمْ يكنْ فيهِ رِبحٌ. . أَخذَ رَبُّ المالِ رأسَ مالِهِ ولا شيءَ للعاملِ ، وإِنْ كانَ فيهِ رِبحٌ. . ٱقتسما الرِّبحَ ، وإِنِ ٱتَّفقا علىٰ أَنْ يأْخُذَ رَبُّ المالِ منْهُ بقيمةِ رأْسِ مالِهِ ، ويقتسما ما بقيَ مِنَ العَرَضِ. . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهما .

وإِنْ طلبَ العاملُ البيعَ ، وٱمتنعَ رَبُّ المالِ. . فقالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : يُجْبَرُ رَبُّ المالِ علىٰ البيعِ ، سواءٌ ظهرَ فيهِ رِبحٌ أَو لَمْ يظهرْ ؛ لأنَّ حقَّهُ مِنَ الرِّبحِ إِنَّما يظهرُ بذٰلكَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢٢] : إِنْ ظهرَ فيهِ رِبحٌ . . فللعاملِ بيعُهُ ، وإِنْ لَمْ يظهرْ فيهِ رِبحٌ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ للعاملِ البيعُ ؛ لأَنَّهُ لا حقَّ لهُ فيهِ .

والثاني : لهُ بيعُهُ ؛ لأَنَّهُ يرجو الرِّبحَ بالبيعِ ، فإِنْ قالَ رَبُّ المالِ : لا تبعِ العَرْضَ ، ولكنْ يقوَّمُ ، وينظرُ ما فيهِ مِنَ الرِّبحِ ، وٱدفعْ إِلىٰ العاملِ نصيبَهُ منهُ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فليسَ للعاملِ أَنْ يبيعَ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما يبيعُ ليحصُلَ لهُ حقُّهُ مِنَ الرِّبحِ ، فإِذا دَفعَ إِليهِ رَبُّ المالِ ذٰلكَ . . فقد حصَّلَ حقَّهُ ، وزالَ الضررُ عنهُ ، فلا حاجةَ بهِ إِلىٰ البيعِ ، كما قُلنا فيمنِ ٱستعارَ أَرضاً ، فغرسَ فيها ، ثُمَّ رجعَ المعيرُ في العاريَّةِ . . فليسَ لهُ المطالبةُ بقلعِ الغراسِ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ ضرراً علىٰ المستعيرِ ، فإِنْ دَفعَ المُعيرُ قيمةَ الغِراسِ ليتملَّكَهُ ، أَو قالَ : ٱقلعهُ ، وٱدفعْ أَرشَ نقصِهِ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الضررَ يزولُ عنِ المستعيرِ .

وذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : أَنَّ ذٰلكَ مبنيٌّ علىٰ القولينِ متىٰ يملكُ العاملُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ ؟ فإِنْ قيلَ : يملِكُهُ بالظهورِ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ أَخذِ قيمةِ حصَّتِهِ مِنَ العَرْضِ ، كما لو كانَ بينَهما عرضٌ مشتركٌ ، فبذلَ أَحدُهما للآخرِ قيمةَ حقِّهِ منهُ ، وإِنْ قلنا : لا يملِكُهُ إِلاَّ بالقسمةِ . . ففيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في العبدِ الجاني إِذا ٱمتنعَ المولىٰ مِنْ بيعِهِ ، وبذلَ قيمتَهُ للمجنيِّ عليهِ :

أَحدُهما : لا يُجبرُ علىٰ بيعِهِ ؛ لأَنَّ البيعَ لحقِّهِ ، وقد بُذِلَ لهُ حقُّهُ .

والثاني : يُجبَرُ ؛ لأَنَّهُ رُبَّما زايَدَ قيمتَهُ[1] مزايدٌ ، فٱشتراهُ بأَكثرَ مِنْ قيمتِهِ ، فإِنْ أَخذَ رَبُّ المالِ العَرْضَ بقيمتِهِ ، ثُمَّ زادتْ قيمتُهُ ، وظهرَ فيهِ رِبحٌ وهو في يدِ رَبِّ المالِ . . فهلْ يتعلَّقُ حقُّ العاملِ بهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢٢] .

وإِنْ طلبَ رَبُّ المالِ بيعَ العَرْضِ ، وٱمتنعَ العاملُ مِنْ بيعِهِ ، وقالَ : خذْهُ ، وقد تركتُ حقِّي مِنَ الرِّبحِ ولا أَبيعُ العَرْضَ ، فإِنْ رضيَ رَبُّ المالِ بذٰلكَ . . جازَ ، وإِنْ

---

(١) في (م) : (فيه) .

طالبَهُ بالبيعِ . . فذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : أَنَّ ذٰلكَ مبنيٌّ علىٰ القولينِ في العاملِ متىٰ يملِكُ حصَّتَهُ مِنَ الرِّبحِ ؟ فإِنْ قُلنا : يملكُهُ بالظهورِ . . لَمْ يُجبَرْ رَبُّ المالِ علىٰ القَبولِ ؛ لأنَّ قَبولَ الهبةِ لا يجبُ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ لا يملكُ حصَّتَهُ إِلاَّ بالقسمةِ . . ففيهِ وجهانِ ، وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فيهِ وجهانِ ، سواءٌ كانَ فيهِ رِبحٌ أَوْ لَمْ يكنْ ، وسواءٌ قُلنا : يملكُهُ بالظهورِ أَو بالقسمةِ :

أَحدُهما : لا يُجبَرُ العاملُ علىٰ البيعِ ؛ لأنَّ البيعَ لحقِّهِ ، وقد رضيَ بإِسقاطِهِ .

والثاني : يُجبرُ ؛ ليصلَ رَبُّ المالِ إِلىٰ رأسِ مالِهِ .

فرعٌ : [فسخا القراض وهناك دين] :

فإِنْ فسخا القِراضَ أَو أَحدُهما ، وكانَ هناكَ دَينٌ مِنْ مالِ القِراضِ . . وجبَ علىٰ العاملِ أَنْ يتقاضاهُ ، سواءٌ كانَ في المالِ رِبحٌ أَو لَمْ يكنْ فيهِ رِبحٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانَ فيهِ رِبحٌ . . كانَ علىٰ العاملِ أَنْ يتقاضاهُ ، وإِنْ لَمْ يكنْ فيهِ رِبحٌ . . لَمْ يكنْ عليهِ أَنْ يتقاضاهُ) . كما لا يلزمُ الوكيلَ أَنْ يتقاضىٰ الدَّينَ إِذا عُزِلَ .

ودليلُنا : أَنَّ المضاربةَ تقتضي ردَّ رأسِ المالِ علىٰ صفتهِ ، والديونَ لا تجري مجرىٰ الناضِّ . . فلزمَهُ أَنْ يَستَنِضَّه[1] ، كما يلزمُهُ بيعُ العُروضِ ، بخلافِ الوكيلِ ، فإِنَّهُ لا يلزمُهُ بيعُ العُروضِ .

مسأَلةٌ : [موت المقارِض] :

قالَ الشافعيُّ : (وإِنْ ماتَ رَبُّ المالِ . . صارَ رأسُ مالِ القِراضِ لوارثِهِ ، فإِنْ رضيَ . . ترَكَ المقارِضَ علىٰ قِراضِهِ ، وإِلاَّ . . فقدِ ٱنفسخَ القِراضُ ، وإِنْ ماتَ العاملُ . . لَمْ يكنْ لوارثِهِ أَنْ يعملَ مكانَهُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إِذا ماتَ أَحدُ المتقارضينِ . . ٱنفسخَ عقدُ القِراضِ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ جائزٌ ، فيبطلُ بالموتِ ، كالوكالةِ .

---

(١) في (م) : (يقتضيه) .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ كانَ الميتُ رَبَّ المالِ . . فقدِ ٱنتقلَ مالُهُ إِلىٰ وارثِهِ ، فإنِ ٱختارا أَنْ يقيما علىٰ الفسخِ ، فإنْ كانَ المالُ ناضّاً مِنْ جنسِ رأسِ المالِ . . أخذ ربُّ المالِ رأسَ مالهِ ، وٱقتسما الرِّبحَ إنْ كانَ هناكَ رِبحٌ ، وإنْ كانَ المالُ عَرْضاً . . فللعاملِ المطالبةُ ببيعِهِ ، وهلْ لرَبِّ المالِ المطالبةُ ببيعِهِ ؟ علىٰ ما ذكرناهُ إذا فسخا القِراضَ والمالُ عَرْضٌ ، وهلْ يتولّىٰ العاملُ بيعَ العَرْضِ بنفسِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، **وأَكثرُ أَصحابِنا** : لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ٱنفساخَ القِراضِ بالموتِ كٱنفساخِهِ بالفسخِ ، وقد بيّنّا : أَنَّ لَهُ أَنْ يبيعَهُ إذا فسخا ، فكذٰلكَ إذا ماتَ رَبُّ المالِ .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لا يلزَمُ ورثةَ رَبِّ المالِ تمكينُهُ مِنَ الانفرادِ بالبيعِ ، بلْ يرفعُ ذٰلكَ إِلىٰ الحاكمِ ليأمُرَ ببيعِهِ ؛ لأنَّ الوارثَ لا يلزمُهُ حكمُ ٱئتمانِ مورِّثِهِ ، ولهٰذا لو كانَ لمورِّثِهم وديعةٌ ، فماتَ ولَمْ يعلموا بها ، ولا أَعلمهم المودَعُ . . ضَمنَها المودَعُ .

وإنْ أَرادَ وارِثُ رَبِّ المالِ والعاملُ أَنْ يعقدا قِراضاً . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ المالُ ناضّاً . . جازَ ؛ لأَنَّهُ إنْ لَمْ يكنْ فيهِ رِبحٌ . . فهو عقدٌ لقِراضٍ علىٰ دراهمَ أَو دنانيرَ ينفردُ الوارثُ بملكِها ، وإنْ كانَ فيهِ رِبحٌ أَيضاً . . جازَ وإنْ كانَ ذٰلكَ العقدُ علىٰ مالٍ مُشاعٍ ؛ لأنَّ الشريكَ هو العاملُ ، وذٰلكَ لا يمنعُهُ مِنَ التصرُّفِ ، كما لو كانَ بينهُما أَلفٌ ، فقارضَ أَحدُهما الآخرَ . . فإنَّهُ يَصِحُّ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ القِراضَ يفتقرُ إِلىٰ تجديدِ عقدٍ ؛ لأنَّ العقدَ الأَوَّلَ قد بطلَ بالموتِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وقولُ الشافعيِّ : (فإنْ رَضيَ . . تركَ العاملَ علىٰ قِراضِهِ) لَمْ يُرِدْ : أَنَّهُ يترُكُهُ علىٰ العقدِ الأَوَّلِ ، وإنَّما أَرادَ : أَنَّهُ يستأْنِفُ معهُ العقدَ ثانياً . وقولُ الشافعيِّ : (وإلاَّ . . فقدِ ٱنفسخَ القِراضُ) لَمْ يُرِدْ : أَنَّهُ ينفسخُ في هٰذهِ الحالةِ ؛ لأنَّهُ ٱنفسخَ بالموتِ ، وإنَّما أَرادَ بهِ : أَنَّهُ يقيمُ علىٰ الفسخِ الأَوَّلِ .

وإنْ كانَ المالُ عَرْضاً ، وأَرادَ وارثُ رَبِّ المالِ والعاملُ ٱستئنافَ عقدِ القِراضِ عليهِ . . فهل يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ : يَصِحُّ ، وهو ٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ؛ لأنَّ الشافعيَّ لَمْ يفرِّقْ

بينَ أَنْ يكونَ المالُ ناضّاً ، أَو عَرْضاً ، ولأنَّ هٰذا ليسَ بٱبتداءِ قِراضٍ علىٰ العَرْضِ ، وإنَّما هو بناءٌ علىٰ قِراضِ رَبِّ المالِ ، ولأنّا إنَّما مَنعنا القِراضَ علىٰ غيرِ الدراهمِ والدنانيرِ ؛ لأنَّهُ يحتاجُ عندَ المفاصَلةِ إِلىٰ ردِّ المثلِ ، أَو ردِّ القيمةِ ، وذٰلكَ يختلفُ بٱختلافِ الأَوقاتِ ، وهٰذا غيرُ موجودٍ في مسأَلتِنا ؛ لأَنَّ رأسَ المالِ هاهنا غيرُ العَرْضِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ ، وهو ٱختيارُ الشيخينِ : أَبي حامدٍ ، وأَبي إِسحاقَ ؛ لأنَّ القِراضَ الأَوَّلَ قدْ بطلَ بالموتِ ، وهٰذا عقدُ قِراضٍ علىٰ العَرْضِ ، فلَمْ يصحَّ ، كما لو عقدَهُ علىٰ عَرْضٍ قدِ ٱشتراهُ الوارثُ .

وما قالَهُ أَبو إِسحاقَ ينكسرُ في المتقارضينِ إِذا فسخا عقدَ القِراضِ والمالُ عُروضٌ ، ثُمَّ أَرادا عقدَ القِراضِ ثانياً علىٰ مِلكِ العُروضِ . . فإِنَّهُ لا يَصِحُّ وإِنْ كانَ بناءً علىٰ القِراضِ الأَوَّلِ ، ويمكنُ هاهُنا أَيضاً رَدُّ رأسِ المالِ الذي عقدا عليهِ أَوَّلاً .

وَإِنْ كانَ الميِّتُ هو العاملُ . . فقد ذكرنا : أَنَّ القِراضَ ينفسخُ بموتهِ . فإِنْ كانَ المالُ ناضّاً . . أَخذَ رَبُّ المالِ رأسَ مالِهِ ، وإِنْ كانَ هناكَ رِبحٌ . . ٱقتسمَهُ رَبُّ المالِ ووارثُ العاملِ ، وإِنْ كانَ المالُ عَرْضاً . . بِيعَ ؛ ليظهرَ الرِّبحُ فيهِ لوارِثِ العاملِ ، وليسَ لوارِثِ العاملِ أَنْ يبيعَهُ إِلاَّ أَنْ يأذنَ رَبُّ المالِ ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ إِنَّما رضيَ بٱجتهادِ العاملِ دونَ ورثَتِهِ ، فإِنْ لَمْ يتَّفقا علىٰ مَنْ يبيعُهُ . . رُفِعَ إِلىٰ الحاكمِ ليأمرَ ببيعِه .

وإِنْ أَجازَ[1] رَبُّ المالِ ٱبتداءَ عقدِ القِراضِ معَ وارثِ العاملِ ، فإِنْ كانَ المالُ ناضّاً . . فقالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابنا : جازَ ، سواءٌ كانَ في المالِ رِبحٌ أَو لَمْ يكن فيهِ رِبحٌ ، كما قُلنا في رَبِّ المالِ إِذا ماتَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » : ق/٣٢٣] : إِنْ كانَ في المالِ رِبحٌ . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ شريكٌ ، وإِنْ لَمْ يكنْ فيهِ رِبحٌ . . جازَ ، فإِنْ كانَ فيهِ خسرانٌ ، فَشَرَطَ أَنْ يُجبرَ الخسرانُ بتصرُّفِهِ . . لَمْ يَجُزْ ، وإِنْ كانَ المالُ عَرْضاً . . لَمْ يَجُزْ عقدُ القِراضِ عليهِ ، وجهاً واحداً .

---

(١) في (م) : (اختار) .

والفرقُ بين هٰذهِ والتي قبلَها علىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : أَنَّ رَبَّ المالِ إِذا ماتَ بقيَ مالُه الذي عَقَدَ عليهِ ، ووارثُهُ قد قامَ مَقامَهُ ، فبنىٰ القِراضَ علىٰ الأَصلِ الذي كانَ لموَرِّثهِ ، وهو موجودٌ ، وليسَ كذٰلكَ إِذا ماتَ العاملُ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما كانَ منهُ العملُ ، وإِذا ماتَ. . ٱنقطعَ ، وبطلَ عملُهُ ، فلَمْ يبقَ لهُ شيءٌ موجودٌ يبني عليهِ وارثُهُ .

فرعٌ : [مال المضاربة في التركةِ كالوديعة] :

إِذا ماتَ العاملُ ، ولَمْ يُعرفْ مالُ المضاربةِ بعينِه. . كانَ بمنزلةِ مَنْ ماتَ وعندَهُ وديعةٌ لغيرِهِ ، ولَمْ تُعرفْ في مالِهِ ، وقد مضىٰ ذِكرُها .

فرعٌ : [فقد الأهلية يفسخ العقد] :

وإِنْ جُنَّ أَحدُ المتقارضينِ ، أَو أُغميَ عليهِ. . ٱنفسخَ القِراضُ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ جائزٌ ، فبطلَ بالجنونِ والإِغماءِ ، كالموتِ ، فإِذا أَفاقا ، وأَرادَا عقدَ القِراضَ ثانياً. . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ حكمَه حكمُ ما لوِ ٱنفسخَ القِراضُ بموتِ رَبِّ المالِ علىٰ ما مضىٰ .

مسأَلةٌ : [القراض في مرض الموت بأكثر من أجرةِ المثل] :

إِذا قارضَ الرجلُ في مَرضِ موتهِ رجلاً علىٰ أَكثرَ مِنْ أُجرةِ مثلهِ. . صَحَّ ، ولَمْ يُعتبرْ ما زادَ علىٰ أُجرةِ مثلهِ مِنَ الثلثِ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما يعتبرُ مِنَ الثلثِ ما يُخرجُهُ المريضُ مِنْ مالِهِ ، ولَمْ يُخرِجْ هاهُنا شيئاً مِنْ مالهِ ؛ لأَنَّ الرِّبحَ ليسَ مِنْ مالهِ ، وإِنَّما يحصُلُ بكسبِ العاملِ ، فإِنْ ماتَ وعليهِ ديونٌ. . قُدِّمَ حقُّ العاملِ علىٰ ديونِ الغرماءِ ؛ لأَنَّ حقَّهُ تعلَّقَ بعينِ المالِ .

مسأَلةٌ : [ينفذ تصرف العامل ولو وُجِدَ شرطٌ فاسد] :

إِذا دفعَ إِلىٰ رجلٍ مالاً قِراضاً ، وشَرطَ فيهِ شرطاً فاسداً ، وتصرَّفَ العاملُ فيهِ. . نَفَذَ تصرُّفُه ؛ لأَنَّ رَبَّ المالِ قد أَذِنَ له في التصرُّفِ ، وإِنَّما شَرطَ في العقدِ شرطاً

يفسِدُهُ[١] ، وفسادُ الشرطِ لا يقدحُ في الإذنِ ، فإذا كانَ الإذنُ باقياً . . صَحَّ تصرُّفُهُ ، كمَا لو أَذِنَ لهُ في التصرُّفِ مِنْ غيرِ عِوضٍ .

فإنْ قيلَ : ما الفرقُ بينَ هٰذا ، وبينَ مَنْ باعَ بيعاً بثمنٍ فاسدٍ . . أَنَّ البيعَ لا يَصِحُّ ؟

قُلنا : الفرقُ بينَهما : أَنَّ البيعَ مشتَمِلٌ علىٰ ثَمنٍ ومُثمَّنٍ ، وأَحدُهما لا ينفكُّ عنِ الآخرِ ، فإذا بطلَ أَحدُهما . . بطلَ الآخرُ ، ففسدَ العقدُ ، وليسَ كذٰلكَ الإذنُ بالتصرُّفِ علىٰ عِوضٍ ، فإنَّ أَحدَهما قدْ ينفكُّ عنِ الآخرِ ، فإذا فَسدَ الشرطُ . . لَمْ يؤثِّرْ في الإذنِ ، فإنْ حصلَ في المالِ رِبحٌ . . كانَ الرِّبحُ لرَبِّ المالِ ؛ لأَنَّهُ نَماءُ مالِهِ ، ولا شيءَ للعاملِ فيهِ ، ويستحقُّ أُجرةَ المِثلِ ، سواءٌ حصلَ في المالِ رِبحٌ أَو لَمْ يحصُلْ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : إنْ رضيَ العاملُ علىٰ أَنْ يعملَ بغيرِ عِوضٍ ، بأَنْ قالَ : قارضتُكَ علىٰ أَنَّ الرِّبحَ كلَّهُ لي . . لَمْ يستحقَّ العاملُ شيئاً . وليسَ بشيءٍ .

وقالَ مالكٌ : (إنْ لَمْ يحصُلْ في المالِ رِبحٌ . . لَمْ يستحقَّ العاملُ أُجرةً) .

ودليلُنا : أَنَّهُ عملَ في قراضٍ فاسدٍ ، فٱستحقَّ أُجرةَ المثلِ ، كما لو لَمْ يرضَ إلاَّ بعِوضٍ ، وكَما لو حصلَ في المالِ رِبحٌ .

فرعٌ : [المقارضة بالدَّين] :

إذا كانَ لرجلٍ علىٰ رجلٍ دينٌ ، فقالَ لهُ : ٱعزلِ المالَ[٢] الذي لي عليكَ ، وقد قارضتُكَ عليهِ . . لَمْ يَصِحَّ القِراضُ ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يَصِحُّ قبضُهُ دينَ غيرِهِ منْ نفسهِ ، ولأَنَّهُ قِراضٌ علىٰ صفةٍ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو دفعَ إِليهِ ثوباً ، وقالَ : بِعْهُ ، وإذا بعتَهُ . . فقدْ قارضتُكَ علىٰ ثمنِهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ عزلَ مَنْ عليهِ الدَّينُ قدرَ الدَّينِ مِنْ مالِهِ ، وٱشترىٰ بعينهِ شيئاً . . كانَ ذٰلكَ مِلكاً لمَنْ عليهِ الدَّينُ ؛ لأَنَّهُ ٱشتراهُ بعينِ مالِهِ ، وإنِ ٱشترىٰ شيئاً بثمنٍ في ذمَّتهِ بنيَّةِ القِراضِ ، ونَقدَ الثمنَ مِنَ الذي عزلَهُ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (أفسده) .
(٢) في (م) : (الدين) .

أَحدُهما : أَنَّ الشراءَ يقعُ لمَنْ لَهُ الدَّينُ ، وتبرأُ ذمَّةُ المشتري مِنَ الدَّينِ بتسليمِهِ إِلىٰ البائعِ ؛ لأَنَّهُ سلَّمهُ إِليهِ بإِذنهِ ، ويكونُ الرِّبحُ كلُّه لَهُ ، ويجبُ عليهِ للعاملِ أُجرةُ مثلِه .

والثاني ـ وهو المذهبُ ـ : أَنَّ الشراءَ لمَن عليهِ الدَّينُ ، ولا تبرأُ ذِمَّتُهُ مِنَ الدَّينِ ، ولا أُجرةَ لَهُ ؛ لأَنَّهُ لا يَصِحُّ أَنْ يشتريَ شيئاً بنيَّةِ القِراضِ ؛ إلاَّ إِذا كانَ في يدهِ مالُ القِراضِ ، وليسَ في يدهِ مالٌ للقِراضِ ؛ لأَنَّا بيَّنّا أَنَّ قبضَهُ مِنْ نفسِهِ لا يَصِحُّ .

مسأَلَةٌ : [قَبول قول العامل في دعوى التَّلف] :

إِذا ٱدَّعىٰ العاملُ تلَفَ مالِ القِراضِ ، وأَنكرَ رَبُّ المالِ ، ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ العاملِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ يتصرَّفُ في مالِ غيرِهِ بإِذنهِ ، فَقُبِلَ قولُهُ في التلفِ ، كالوكيلِ .

فرعٌ : [دعوىٰ العامل ردُّ مال القراض وإنكارُ المقارض] :

وإِنِ ٱدَّعىٰ مَنْ بيدِهِ مالُ القِراضِ لغيرِهِ : أَنَّهُ ردَّهُ علىٰ مالكِهِ ، وأَنكرَ المالِكُ . . ففيهِ ثلاثُ مسائلَ :

إِحداهُنَّ : إِنْ[1] قبضَ العينَ لمنفعةِ المالكِ ، ولا منفعةَ للقابضِ فيها ، وهو المودَعُ والوكيلُ بغيرِ جُعلٍ . . فقُبِلَ قولُ[2] القابضِ معَ يمينهِ في الرَّدِّ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا منفعةَ للقابضِ ، وإِنَّما المنفعةُ للمالكِ ، ولأَنَّ يدَ القابضِ كيدِ المالكِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يملِكُ ٱنتزاعَها مِنْ يدِهِ متىٰ شاءَ .

الثانية : إِذا كانتِ المنفعةُ في العينِ للقابضِ دونَ المالكِ ، وهو المرتَهِنُ والمستعيرُ والمستأجرُ . . فلا يُقبلُ قولُ القابضِ في الرَّدِّ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ المنفعةَ فيها للقابضِ ، ولأَنَّ يدَهُ ليستْ كَيَدِ المالكِ .

الثالثةُ : إِذا كانتِ المنفعةُ في العينِ للقابضِ والمالكِ ، وهوَ : العاملُ في

---

(١) في نسختين : (من) .
(٢) في نسخة : (فقيل : القول قول) .

القِراضِ ، والوكيلُ بجُعلٍ ، والأَجيرُ المشتركُ ، إِذا قُلنا : ليسَ بضامنٍ . . فهلْ يُقبلُ قولُهُ معَ يمينهِ في الرَّدِّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يُقبلُ ؛ لأَنَّهُ قبضَ العينَ لمنفعةِ نفسهِ ، فهو كالمستعيرِ .

والثاني : يقبلُ قولُهُ معَ يمينِهِ ، **وهوَ الأَصَحُّ** ؛ لأنَّ مُعظمَ المنفعةِ فيها للمالكِ ، فهو كالمودَعِ ، ولأنَّ المالكَ يملكُ ٱنتزاعَها مِنْ يدِهِ متىٰ شاءَ ، فهو كالوكيلِ بغيرِ جُعلٍ .

فرعٌ : [اختلاف المقارض وعامله علىٰ نسبة الربح] :

وإِنْ قالَ العاملُ : شَرَطْتَ ليَ نصفَ الرِّبحِ ، وقالَ رَبُّ المالِ : بلْ شَرَطتُ لكَ ثلثَ الرِّبحِ . . تحالفا ؛ لأَنَّهُما ٱختلفا في صفةِ العقدِ ، كالمتبايعينِ ، فإِذا حلفا[1] . . كانا كالمتبايعينِ إِذا تحالفا ، وهلْ ينفسخُ العقدُ بنفسِ التحالفِ ، أَو بالفسخِ ؟ علىٰ ما مضىٰ .

وإِذا ٱنفسخَ العقدُ ، أَو فسخَهُ أَحدُهما . . وجبَ للعاملِ أُجرةُ المِثلِ فيما عملَ .

فرعٌ : [اختلفا في قدر رأس المال ولا بيّنة] :

وإِنِ ٱختلفا في قَدْرِ رأْسِ المالِ ، فقالَ العاملُ : رأْسُ المالِ مئةٌ ، وقالَ رَبُّ المالِ : بلْ رأْسُ المالِ مئتان ، ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ العاملِ معَ يمينِهِ ، وحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ وجهاً آخرَ : إِنْ كانَ في المالِ رِبحٌ . . تحالفا ، **والأَوَّلُ أَصَحُّ** ؛ لأنَّ الاختلافَ فيما قبضَهُ العاملُ ، والأَصلُ عدمُ القبضِ إِلاَّ فيما أَقرَّ بهِ ، ولأنَّ المالَ في يدِ العاملِ ، ورَبَّ المالِ يدَّعي جميعَهُ ، والعاملَ لا يُقِرُّ لهُ إِلا ببعضِهِ . . فكانَ القولُ قولَ صاحبِ اليدِ .

فرعٌ : [اختلاف العاملين والمقارض علىٰ رأس المال بعد المضاربة] :

وإِنْ دفعَ رجلٌ إِلىٰ رجلينِ مالاً قِراضاً ، علىٰ أَنَّ لَهُ النصفَ مِنَ الرِّبحِ ، والنصفَ الآخرُ بينَهما نصفانِ ، فتصرَّفا ، فبلغَ المالُ ثلاثةَ آلافٍ ، فقالَ رَبُّ المالِ : رأْسُ المالِ

---

(١) في نسخة : (اختلفا) .

أَلفانِ ، والرِّبحُ أَلفٌ ، فصدَّقَهُ أَحدُ العاملينِ علىٰ ذٰلكَ ، وكذَّبَهُ العاملُ الآخَرُ ، فقالَ : بلْ رأسُ المالِ أَلفٌ ، والرِّبحُ أَلفانِ ، ولا بيِّنَةَ هاهُنا . . فإِنَّ القولَ قولُ المكذِّبِ معَ يمينِهِ : أَنَّ رأسَ المالِ أَلفٌ ، فإِذا حلفَ . . أَخذَ خمسَ مئةٍ ، وبقيَ أَلفانِ وخمسُ مئةٍ ، والعاملُ المصدِّقُ قدْ وَافقَ رَبَّ المالِ علىٰ ما ٱدَّعاهُ ، فأَخذَ رَبُّ المالِ أَلفينِ رأسَ مالِهِ ، وما غُصِبَ مِنْ مالِ القِراضِ . . فإِنَّهُ يكونُ محسوباً مِنَ الرِّبحِ .

فإِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ رَبَّ المالِ والعاملَ المصدِّقَ يقولانِ : الرِّبحُ أَلفٌ لا غيرَ ، وقد أَخذَ العاملُ الحالفُ منهُ خمسَ مئةٍ ، فنصفُها ـ وهو مئتانِ وخمسونَ ـ لرَبِّ المالِ ، والنصفُ الآخرُ بينَ العاملينِ ، فالحالفُ يستحقُّ مِمّا أَخذَ مئةً وخمسةً وعشرينَ ، والمصدِّقُ يستحقُّ منها مثلَ ذٰلكَ نصيبَهُ ، وقد بقيَ مِنَ الرِّبحِ في يدِ رَبِّ المالِ والمصدِّقِ خمسُ مئةٍ ، فلرَبِّ المالِ نِصفُها ـ مئتانِ وخمسونَ ـ ولكلِّ واحدٍ مِنَ العاملينِ مئةٌ وخمسةٌ وعشرونَ ، فيكونُ الحالفُ قدْ غَصبَ رَبَّ المالِ والمصدِّقَ ثلاثَ مئةٍ وخمسةً وسبعينَ ، لرَبِّ المالِ ثُلُثُها ، وللعاملِ ثُلُثُها ، وقد وُجِدَ لهُ مِنْ جنسِ حقِّهما مئةٌ وخمسةٌ وعشرونَ ، فيقسمانها علىٰ قَدْرِ حقَّيهما ، لرَبِّ المالِ ثلثاها[1] وهو ثلاثةٌ وثمانونَ وثلُثُ درهمٍ ، وللعاملِ ثلثها ، وهو أَحدٌ وأَربعونَ وثلثا دِرهمٍ ، فيحصلُ لرَبِّ المالِ ـ مِنَ الخمسِ مئةٍ التي بقيتْ مِنَ الرِّبحِ معَهما ـ ثلاثُ مئةٍ وثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثٌ ، ويحصلُ للعاملِ مئةٌ وستَّةٌ وستُّونَ وثلثانِ .

فرعٌ : [اختلاف العامل والمقارض في المشترىٰ] :

فإِنِ ٱشترىٰ العاملُ عبداً ، فظهرَ فيهِ رِبحٌ ، فقالَ رَبُّ المالِ : ٱشتريتَهُ للقِراضِ ، وقالَ العاملُ : بلِ ٱشتريتُهُ لنفسي ، ولا بيِّنَةَ . . فالقولُ قولُ العاملِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ العبدَ في يدِهِ ، فكانَ القولُ قولَهُ فيهِ ، ولأَنَّهُ قد يشتريهِ لنفسِهِ ، وقدْ يشتريهِ للقِراضِ ، ولا يتميَّزُ أَحدُهما عنِ الآخرِ إِلاَّ بالنيَّةِ ، وهوَ أَعلمُ بنيَّتِهِ .

فإِنْ أَقامَ رَبُّ المالِ بيِّنَةً : أَنَّ العاملَ ٱشتراهُ بمالِ القِراضِ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) **ثلثاها** : أي ثلثا المئة والخمسة والعشرين .

أَحدُهما : أَنَّهُ يُحكمُ بهِ للقِراضِ ؛ لأنَّ الظاهرَ مِمّا ٱشتراهُ بمالِ القِراضِ أَنَّهُ للقِراضِ .

والثاني : أَنَّهُ لا يُحكمُ بهِ للقِراضِ ، بلِ القولُ قولُ العاملِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ قد يشتريهِ بمالِ القِراضِ علىٰ وجهِ التعدِّي ، فلا يُحكمُ بهِ للقِراضِ ؛ لبطلانِ البيعِ فيهِ .

وإنِ ٱشترىٰ العاملُ عبداً ، فظهرَ فيهِ خسرانٌ ، فقالَ العاملُ : ٱشتريتُهُ للقِراضِ ، وقالَ رَبُّ المالِ : بلِ ٱشتريتَهُ لنفسِكَ . . **فالمنصوصُ هاهُنا** : (أَنَّ القولَ قولُ العاملِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلمُ بنيَّتِهِ) .

وحكىٰ أَبو العبّاسِ ـ إِذا ٱختلفَ الوكيلُ والموكِّلُ في بيعِ عينٍ أَو شرائِها . . فقالَ الموكِّلُ : ما بعتَها ، أَو ما ٱشتريتَها ، وقالَ الوكيلُ : بل بعتُها أَو ٱشتريتُها ـ عَنِ الشافعيِّ قولينِ :

أَحدُهما : (القولُ قولُ الوكيلِ) .

والثاني : (القولُ قولُ الموكِّلِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في القِراضِ :

فمنهم مَنْ قالَ : فيها قولانِ ، كما قُلنا في الوكيلِ والموكِّلِ .

وقالَ أَكثرُهُم : بَلِ القولُ قولُ العاملِ في القِراضِ ، قولاً واحداً .

والفرقُ بينَهما : أَنَّ الوكيلَ والموكِّلَ يختلفانِ في أَصلِ البيعِ والشراءِ ، فكانَ القولُ قولَ الموكِّلِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ ذٰلكَ ، وهاهنا ٱتَّفقا علىٰ أَصلِ الشراءِ ، وإِنَّما ٱختلفا في نيَّةِ العاملِ ، وهو أَعلمُ بنيَّتِهِ .

فرعٌ : [ٱختلفا في النهي عن شراء عبد] :

وإنِ ٱشترىٰ العاملُ عبداً ، فقالَ رَبُّ المالِ : كنتُ نهيتُكَ عَنْ شرائِهِ ، وأَنكرَ العاملُ النهيَ . . فالقولُ قولُ العاملِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ النهيِّ ، ويكونُ العبدُ في القِراضِ .

فرعٌ : [ٱستقراض العامل لإكمال مال المقرض] :

قالَ الشافعيُّ في « أمالي حرملة » : (وإذا دفعَ رجلٌ إلىٰ رجلٍ مئةَ درهمٍ قِراضاً ، فتصرَّفَ فيها ، فخسرَ خمسينَ ، فقالَ لصديقٍ لهُ : أَقرضني خمسينَ لأَضُمَّها إلىٰ ما معيَ ؛ ليرىٰ ذٰلكَ رَبُّ المالِ ولا ينزِعَها منِّي ، فإذا تركَ المالَ في يدي . . رددتُ الخمسينَ إليكَ ، فأَقرضَه خمسينَ ، وأَضافَها إلىٰ الخمسينَ التي بقيتْ معهُ ، فلمّا حملَ المالَ إلىٰ رَبِّ المالِ . . أَخذَ رَبُّ المالِ المئةَ ، وفسخَ القِراضَ ، فأدَّعىٰ المقرِضُ : أَنَّ لهُ في المالِ خمسينَ أَقرضَهُ إيّاها ، وأَنَّهُ يستحقُّ أَخذَها ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . لَمْ يكنْ لهُ أَخذُ الخمسينَ ؛ لأَنَّ المستقرِضَ ملكَها ، وزالَ ملكُه عنها إلىٰ رَبِّ المالِ ، فصارَ بمنزلةِ ما لو تلِفتْ في يدهِ ، ويكونُ حقُّ المقرِضِ في ذمَّةِ العاملِ) .

فرعٌ : [تراجع العامل عن قولِهِ ربحت] :

فإنْ قالَ العاملُ : ربحتُ في المالِ أَلفاً ، ثُمَّ قالَ بعدَ ذٰلكَ : غلِطتُ ، فظننتُ أَنِّي ربحتُ ذٰلكَ ، ثُمَّ نظرتُ في الحسابِ ، فلَمْ أَكنْ ربحتُ ، أَو قالَ : أَظهرتُ ذٰلكَ خوفاً مِنْ أَنْ ينتزعَ المالَ مِنْ يدي . . لَمْ يُقبلْ رجوعُهُ ؛ لأَنَّهُ تعلَّقَ بذٰلكَ حقُّ رَبِّ المالِ ، فلَمْ يَسقطْ برجوعِهِ ، كما لو أَقرَّ لغيرِهِ بدينٍ ، ثُمَّ رجعَ عنهُ .

فإنْ قالَ : قدْ كانَ حصلَ في المالِ رِبحٌ ، ثُمَّ تلِفَ . . قُبِلَ قولهُ ؛ لأَنَّهُ أَمينٌ ، فقُبلَ قولُهُ في التَّلفِ .

قالَ أَبو عليٍّ في « الإفصاحِ » : وإنَّما يُقبلُ قولُهُ هاهُنا في الخُسرانِ إذا كانَ قدْ تصرَّفَ فيهِ بعدَ ذٰلكَ ، وإنْ لَمْ يتصرَّفْ وكانَ السعرُ بحالهِ . . لَمْ يُصدَّقْ .

فرعٌ : [اختلفا في المال قرضاً أَو قراضاً] :

قالَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : وإنْ دفعَ إلىٰ رجلٍ مالاً ، فتلفَ في يدِهِ ، ثُمَّ ٱختلفا ، فقالَ رَبُّ المالِ : دفعتُهُ قَرْضاً ، وقالَ القابضُ : بلْ أَخذتُهُ قِراضاً ، وأَقامَ كلُّ واحدٍ بيِّنةً . . فبيِّنةُ العاملِ أَولىٰ في أَحدِ الوجهينِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ .

وقالَ الطبريُّ : ولو قارضَهُ علىٰ نقدٍ ، ثُمَّ تصرَّفَ العاملُ فيهِ ، ثُمَّ أَبطلَ ذٰلكَ النقدَ . . **فالظاهرُ مِنَ المذهبِ** : أَنَّهما متىٰ أَرادا المفاصلةَ . . أَنَّهُ يَرُدُّ مثلَ النقدِ الذي عقدا عليهِ القِراضَ ، ثُمَّ يقتسمانِ الباقيَ .

وقالَ بعضُ أَصحابِنا : يَرُدُّ مِنَ النقدِ الحادثِ . حكاهُ أَبو عليٍّ السّنجيُّ ، **والأَوَّلُ**[1] **أَصَحُّ** .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

(١) في (م) : (قال : والأول) .

بابُ العبدِ المأذونِ لهُ

لا يجوزُ للعبدِ أَنْ يتَّجِرَ بغيرِ إِذنِ مولاهُ ؛ لأَنَّ منافعَهُ مستحقَّةٌ لمولاهُ[1] ، فلا يجوزُ إِبطالُها عليهِ بغيرِ إِذنهِ ، فإِنْ رآهُ المولىٰ يتَّجِرُ ، فسكتَ عنهُ ، ولَمْ يأمرْهُ ، ولَمْ يَنْهَهُ . . لَمْ يَصِرْ مأْذُوناً لهُ في التجارةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يصيرُ مأذوناً لهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ تصرُّفٌ يفتقرُ إِلىٰ الإِذنِ . . فلَمْ يَقُمِ السكوتُ مَقامَهُ ، كما لو باعَ الراهنُ الرهْنَ والمرتَهِنُ ساكتٌ .

---

(١) أخرج عن ابن عمر رضي الله عنهما البخاري (٢٥٤٦) في العتق ، ومسلم (١٦٦٤) في الأيمان : « العبد إذا نصح سيده » ، و : « إن العبد إذا نصح لسيده وأحسن عبادة الله . . فله أجره مرتين » .

وأخرج عن ابن عمر رضي الله عنهما أيضاً البخاري (٢٥٥٤) في العتق : « كلكم راع ومسؤول عن رعيته . . . والعبد راع علىٰ مال سيده ، وهو مسؤول عنه . . . » .

قال الحافظ ابن حجر في « فتح الباري » (٥/ ٢١٥) : قال ابن بطال : فيه حجة لمن قال : إن العبد لا يملك . وتعقَّبه ابن المنير بأنه لا يلزم من كونه راعياً في مال سيده أن لا يكون هو له مال ، فإن قيل : فاشتغاله برعاية مال سيده يستوعب أحواله . فالجواب : أن المطلق لا يفيد العموم ، ولا سيما إذا سيق لغير قصد العموم .

وهٰذا الحديث إنما ورد للتحذير من الخيانة والتخويف بكونه مسؤولاً ومحاسباً ، فلا تعلق له بكونه يملك أو لايملك .

وروىٰ ابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٤٩) عن إبراهيم قال : إذا أفلس العبد المأذون له في التجارة . . فدينه في رقبته ، فإن شاء مولاه أن يبيعه . . باعه ، ويقسم ثمنه بين الغرماء ، وليس عليه أكثر من ثمنه .

وعن الحسن عند أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٥٠) : إن شاؤوا أن يبيعوه . . باعوه ، وإن شاؤوا . . استسعوه . قال : فكان شريح يقول ذٰلك .

وإنْ باعَ العبدُ شيئاً بغيرِ إذنِ مولاهُ. . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ مالٌ لسيِّدِه ، فلَمْ يَصِحَّ بيعُه بغيرِ إذنهِ ، كمالِ الأجنبيِّ .

وإنِ اشترىٰ العبدُ شيئاً في ذِمَّتِه ، أو اقترضَ شيئاً . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

[الأول] : قالَ أبو إسحاقَ ، وأبو سعيدٍ الإصطخريُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ عقدُ معاوضةٍ ، فلَمْ يَصِحَّ مِنَ العبدِ بغيرِ إذنِ سيِّدِه ، كالنكاحِ .

و [الثاني] : قالَ أبو عليٍّ بنُ أبي هريرةَ ، وغيرُه : يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ محجورٌ عليهِ لحقِّ غيرِه ، فصَحَّ تصرُّفُهُ بثمَنٍ في ذِمَّتِهِ ، كالمفلسِ ، وفيهِ احترازٌ مِنَ السفيهِ .

فإذا قُلنا : يَصِحُّ الشراءُ والقِراضُ . . قالَ ابنُ الصبّاغِ : فللبائعِ والمقرضِ الرجوعُ فيهِ إذا كانَ في يدِ العبدِ ؛ لأنَّهُ قدْ تحقَّقَ إعسارُهُ ، وإنْ كانَ قدْ تلِفَ في يدِهِ . . رجعَ عليهِ بالثمنِ وعِوَضِ القرضِ إذا أُعتِقَ وأيسرَ ، وإنْ كانَ السيِّدُ قدْ قبضَهُ . . فقدْ ملكَهُ ، وليسَ للبائعِ والمقرضِ الرجوعُ فيهِ ؛ لأنَّ السيِّدَ أخذَ ذٰلكَ ، وله أخذُه ، فسقطَ حقُّ البائعِ والمقرضِ ، كما يسقطُ حقُّ البائعِ ببيعِ المبيعِ ورهنِهِ ، ويكونُ للبائعِ أو المقرضِ العِوضُ في ذِمَّةِ العبدِ إلىٰ أنْ يعتِقَ ويوسرَ .

وذكرَ الشيخُ أبو إسحاقَ : أنَّ المبيعَ يدخلُ في ملكِ السيِّدِ ، فإنْ علِمَ البائعُ برِقِّهِ . . لَمْ يطالبْهُ بشيءٍ حتّىٰ يَعتِقَ ، وإنْ لَمْ يعلمْ برِقِّهِ ، ثُمَّ علِمَ . . فهو بالخيارِ : بينَ أنْ يصبرَ إلىٰ أنْ يعتقَ ، وبينَ أنْ يفسخَ البيعَ ، ويرجعَ إلىٰ عينِ مالهِ ، ولَمْ يفرِّقْ : بينَ أنْ يَقبِضَهُ السيِّدُ مِنَ العبدِ ، أو لَمْ يَقبِضْهُ .

وإنْ قُلنا : إنَّ الشراءَ والقَرْضَ فاسدانِ . . فإنَّ البائعَ والمقرضَ يرجعانِ في العينِ إذا كانتْ باقيةً ، سواءٌ كانتْ في يدِ العبدِ أو في يدِ السيِّدِ ؛ لأنَّ مِلكَهما باقٍ عليها . وإنْ كانتْ تالِفةً ، فإنْ تلِفَتْ في يدِ العبدِ قبلَ أنْ يَقبِضَها السيِّدُ . . رجعَ عليهِ البائعُ والمقرضُ ببدَلِها إذا عَتقَ وأيسرَ ، وإنْ قَبَضَها السيِّدُ . . فالبائعُ والمقرِضُ بالخيارِ : بينَ أنْ يرجعَ علىٰ السيِّدِ ببدلِها في الحالِ ، وبينَ أنْ يصبرَ إلىٰ أنْ يَعتِقَ العبدُ ويُوسِرَ ، فيرجعَ عليهِ .

مسأَلةٌ : [ٱتِّجار العبد بإذن مولاه] :

وإِنِ ٱتَّجَرَ العبدُ بإِذنِ المولىٰ . . صَحَّ ؛ لأنَّ المنعَ منهُ لحقِّ المولىٰ ، فزالَ بإِذنهِ ، فإِنْ حصلَ عليهِ ديونٌ في المعاملةِ ، فإِنْ كانَ في يدهِ مالٌ . . قُضيتْ منهُ الدُّيونُ ، وإِنْ لَمْ يكنْ في يدهِ شيءٌ . . فإِنَّ الديونَ تكونُ في ذمَّتِهِ تُتْبَعُ بهِ إِذا عَتقَ وأَيسرَ ، ولا تتعلَّقُ برقبتِهِ ولا بذمَّةِ السيِّدِ ، وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يباعُ العبدُ فيهِ إِذا طالبَ الغرماءُ ببيعهِ) .

وقالَ أَحمدُ : (تتعلَّقُ بذمَّةِ السيِّدِ) .

ودليلُنا علىٰ أَبي حنيفةَ : أَنَّهُ دينٌ ثبتَ علىٰ العبدِ برضا مَنْ لهُ الدَّينُ ، فوجبَ أَنْ لا يتعلَّقَ برقبتِهِ ، كما لوِ ٱستقرضَ بغيرِ إِذنِ سيِّدِهِ .

ودليلُنا علىٰ أَحمدَ : أَنَّ السيِّدَ لا يضمنُ عَنْ عبدِهِ ، وإِنَّما أَذِنَ لَهُ في التجارةِ ، وهٰذا لا يوجبُ ثبوتَ ذٰلكَ في ذمَّةِ السيِّدِ ، كالمرتَهِنِ إِذا أَذِنَ للراهِنِ بالتصرُّفِ في الرهنِ .

مسأَلةٌ : [يتصرف العبد بما أذن له فيه] :

ولا يتصرَّفُ العبدُ المأذونُ لَهُ إِلاَّ علىٰ حسَبِ ما أَذنَ لهُ فيهِ سيِّدُهُ ، فإِنْ دفعَ إِليهِ مالاً ، وقالَ لهُ : ٱتَّجرْ فيهِ . . كانَ لهُ أَنْ يبيعَهُ ، ويشتريَ بثمنِهِ .

وإِنْ أَذنَ له في التجارةِ مطلقاً . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لعمومِ إِذنهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ، وهو ٱختيارُ أَبي طاهرٍ ؛ لأنَّ الإِطلاقَ مجهولٌ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كالوَكالةِ .

وإِنْ أَذنَ لهُ أَنْ يتَّجرَ بذِمَّتهِ[1] . . فهل يصحُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، **الصحيحُ** : أَنَّهُ يَصِحُّ .

وإِنْ أَذنَ له في التجارةِ في صنفٍ مِنَ المالِ . . لَمْ يتَّجرْ في غيرِه .

---

(١) في نسخة : (بدينه) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ تصرُّفٌ مستفادٌ بالإِذنِ مِنْ جهةِ الآدميِّ ، فكانَ مقصوراً علىٰ ما أَذِنَ فيهِ ، كالمضاربِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الصبيِّ إِذا بلغَ ، فإِنَّهُ تصرُّفٌ مستفادٌ بالشرعِ .

وإِنْ أَذنَ لهُ في التجارةِ . . لَمْ يملكْ أَنْ يؤاجِرَ ما ٱشتراهُ للتجارةِ ، ولا أَنْ يؤاجِرَ نفسَهُ ، ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لَهُ أَنْ يؤاجِرَ الأَعيانَ التي ٱشتراها للتجارةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ له أَنْ يؤاجِرَ نفسهُ) .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّ المأذونَ فيهِ هوَ التجارةُ ، والإِجارةُ ليستْ مِنَ التجارةِ . وعلىٰ قولِ أَبي حنيفةَ : أَنَّهُ عقدٌ علىٰ نفسهِ ، فلا يملِكُه بالإِذنِ في التجارةِ ، كالبيعِ ، والنكاحِ .

فرعٌ : [تصرُّفُ العبد في مالِ التجارةِ غيرُ مطلق] :

ولا يبيعُ بدونِ ثمنِ المثلِ ، ولا بنسيئةٍ ، ولا بغيرِ نقدِ البلدِ ، ولا يسافرُ بالمالِ مِنْ غيرِ إِذنِ السيِّدِ ؛ لأَنَّ تصرُّفَهُ لغيرِه بإِذنهِ ، فهو كالوكيلِ ، ولا يجوزُ لَهُ أَنْ يتَّخذَ دَعوةً ، ولا يهبَ بغيرِ إِذنِ سيِّدِهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ ذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّهُ تبرَّعَ بمالِ مولاهُ مِنْ غيرِ إِذنهِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كمالِ سيِّدهِ الذي في يدهِ .

فرعٌ : [ٱدِّعاء العبد الإذن بالتجارة دون بيّنة] :

إِذا زَعَمَ العبدُ : أَنَّ سيِّدَهُ أَذِنَ لهُ في التجارةِ . . فليسَ لأَحدٍ معاملَتُهُ حتّىٰ يعلمَ الإِذنَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ) .

دليلُنا : أَنَّ الأَصلَ عدمُ الإِذنِ ، كالراهنِ إِذا ٱدَّعىٰ : أَنَّ المرتَهِنَ أَذِنَ لهُ في بيعِ الرَّهنِ .

وإنْ زَعمَ العبدُ : أَنَّ سيِّدَهُ قدْ حَجرَ عليهِ ، وقالَ السيِّدُ : لَمْ أَحْجُرْ عليهِ . . لَمْ يَصِحَّ تصرُّفُ العبدِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ الاعتبارَ بالمتعاقدَينِ ، والعبدُ يزعمُ : أَنَّه لا يَصِحُّ عقدُه ، فهو كما لو قالَ : أَبيعُكَ هٰذهِ العينَ وإنْ كنتُ لا أَملِكُها .

فرعٌ : [إباق العبد لا يبطل الإذن له] :

إِذا أَبَقَ العبدُ المأذونُ لَهُ في التجارةِ . . لَمْ يبطلْ إِذنُ سيِّدِه لَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يبطلُ) .

دليلُنا : أَنَّ الإِباقَ معنىً لا يمنعُ مِنِ ٱبتداءِ الإِذنِ في التجارةِ ، فلم يمنعِ ٱستدامتَهُ ، كما لو غَصبَ أَو حُبِسَ بدينٍ عليهِ .

فرعٌ : [شراء العبد المأذون مَن يعتق علىٰ سيده] :

وإِنِ ٱشترىٰ العبدُ المأذونُ لَهُ في التجارةِ مَنْ يَعتِقُ علىٰ سيِّدِهِ ، كوالدِهِ ، أَو ولدِهِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ السيِّدُ قدْ نهاهُ عَنْ شرائِهِ . . لَمْ يَصِحَّ شراؤُهُ ، قولاً واحداً ، سواءٌ كانَ عليهِ دينٌ أَو لَمْ يكنْ ؛ لأَنَّهُ يملكُ التصرُّفَ بإِذنهِ ، فلا يملكُ ما نهاهُ عنهُ .

وإِنْ أَذِنَ له السيِّدُ في شرائِهِ . . صَحَّ شراؤُهُ ، كما لوِ ٱشتراهُ السيِّدُ بنفسهِ .

فإِنْ لَمْ يكنْ علىٰ المأذونِ لَهُ دَينٌ . . عَتَقَ عليهِ ، وإِنْ كانَ عليهِ دَينٌ . . فهل يعتِقُ عليهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يَعتِقُ عليهِ ؛ لأَنَّ حقوقَ الغُرماءِ تعلَّقتْ بمالهِ ، فصارَ كالمستحَقِّ لهمْ .

والثاني : يَعتِقُ عليهِ ، ويغرَّمُ السيِّدُ قيمتَهُ للغرماءِ إِنْ كانَ موسِراً بها ؛ لأَنَّهُ ملكَهُ ، فعتَقَ عليهِ ، وإِنْ كانَ معسِراً بِها . . لَمْ يَعتِقْ عليهِ ؛ لأَنَّ عتقَهُ يؤَدِّي إِلىٰ الإِضرارِ بالغرماءِ .

وإنِ ٱشتراهُ العبدُ بغيرِ إذنِ سيِّدِهِ مِنْ غَيرِ أَنْ ينهاهُ عنهُ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّ إذنَ السيِّدِ تضمَّنَ شراءَ ما فيهِ حظٌّ ويمكنُهُ التجارةُ فيهِ ، ولا يتناوَلُ مَنْ يعتِقُ عليهِ ، كالعاملِ في القِراضِ إذا ٱشترىٰ مَنْ يَعتِقُ علىٰ رَبِّ المالِ .

والثاني : يَصِحُّ الشراءُ ؛ لأنَّ الشراءَ لا يَصِحُّ مِنَ العبدِ بنفسهِ ، وإنَّما يشتري بإذنِ سيِّدِهِ ، فإذا أَذِنَ لهُ في الشراءِ . . تناوَلَ شِراءَ كلِّ ما يملكُهُ السيِّدُ بنفسِهِ ، ويفارقُ العاملَ في القِراضِ ، فإنَّهُ يَصِحُّ له أَنْ يشتريَهُ لنفسهِ ، ويَصِحُّ لرَبِّ المالِ ، فلم يَصِحَّ في حقِّ رَبِّ المالِ إلاَّ ما تضمَّنَهُ إذنُهُ .

فإذا قُلنا بهٰذا : فإنْ لَمْ يكنْ علىٰ المأذونِ لهُ دينٌ . . عتقَ العبدُ ، وإنْ كانَ عليهِ دينٌ . . فهلْ يَعتقُ العبدُ ؟ قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ السيِّدُ معسِراً . . لَمْ يَعتِقْ ، قولاً واحداً .

وإنْ كانَ موسِراً بقيمتِهِ . . فهلْ يعتِقُ ؟ فيهِ قولانِ ، كالمرهونِ .

فإذا قُلنا : يعتِقُ . . غُرِّمَ السيِّدُ قيمتَهُ للغرماءِ .

وأَمّا ٱبنُ الصبّاغِ : فقالَ : إذا كانَ علىٰ المأذونِ له دينٌ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يبطلُ الشراءُ ؛ لأنَّ الدَّينَ يمنعُ مِنْ عِتقِهِ ، فكانَ بطلانُ العقدِ أَحسنَ .

والثاني : يَصِحُّ الشراءُ ، ولا يعتِقُ .

والثالثُ : يعتِقُ عليهِ ، وتكونُ ديونُ الغرماءِ في ذمَّةِ السيِّدِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إنْ لَمْ يكنْ دفعَ إليهِ المالَ وإنَّما أَذنَ لهُ في التجارةِ . . صَحَّ الشراءُ ، وعتقَ علىٰ مولاهُ ، وإنْ كانَ دفعَ إليهِ مالاً . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ ، ورُدَّ علىٰ مولاهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ إذنٌ مطلَقٌ في الشراءِ ، فلَمْ يتناولْ مَنْ يَعتِقُ علىٰ الآذنِ ، كمَا لو دفعَ إليه مالاً .

مسأَلةٌ : [اكتسابُ العبدِ مِلكٌ لسيِّدِه إلا ما ملَّكَهُ إيَّاه] :

إذا اكتسبَ العبدُ مالاً ، بأَنِ احتشَّ أَوِ اصطادَ ، أَو عَمِلَ في معدِنٍ ، فأَخذَ منهُ مالاً ، أَوِ اتَّهَبَ مالاً ، أَو أُوصيَ لَهُ بهِ ، فقبلَهُ . . فإِنَّ العبدَ لا يملِكُهُ ما لَمْ يُملِّكْهُ السيِّدُ ، **بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ** ، وإِنَّما يدخلُ ذٰلكَ في ملكِ السيِّد .

وقالَ مالكٌ : (يدخلُ في ملكِ العبدِ ، وللسيِّدِ أَنْ ينتزعَهُ منهُ ، فإِنْ عَتقَ قبلَ أَنْ ينتزعَهُ منهُ . . استقرَّ ملكُ العبدِ عليهِ) . وبهِ قالَ داودُ ، وأَهلُ الظاهرِ ، وإِسحاقُ ، وهيَ إِحدىٰ الروايتينِ عَنْ أَحمدَ ، ويأتي الدليلُ عليهم .

فأَمّا إذا ملَّكهُ السيِّدُ مالاً . . فهلْ يملكُهُ ؟ فيهِ قولانِ :

[الأول] : قالَ في **القديم** : (يملكُهُ) ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ أَعتقَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ . . فمالُ العَبْدِ لَهُ ، إلاَّ أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ السيِّدُ ، فيكونُ لَهُ »[1] .

ورُوِيَ عنهُ ﷺ : أَنَّهُ قالَ : « مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ . . فمَالُهُ لِلبَائِعِ ، إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ

(١) أخرجه عن ابن عمر من طرق أبو داود (٣٩٦٢) ، وابن ماجه (٢٥٢٩) في العتق واللفظ له من طريق ابن لهيعة ، وفي رواية له : « إلا أن يشرط السيد ماله » . قال البيهقي : وهٰذا بخلاف رواية الجماعة .

وأصل الحديث رواه البخاري (٢٣٧٩) في الشرب والمساقاة ، ومسلم (١٥٤٣) (٨٠) ، والترمذي (١٢٤٤) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤٦٣٦) و« الكبرىٰ » (٦٢٣٢) في البيوع ، وابن ماجه (٢٢١١) في التجارات ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٥/ ٣٢٥) في البيوع ، وفيه لفظ : « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر . . فثمرتها للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبداً وله مال . . فماله للذي باعه ، إلا أن يشترط المبتاع » . وله لفظ عند البيهقي : « أيما رجل باع مملوكاً له مال . . فماله لربه الأول . . » . وقال الترمذي : حسن صحيح ، وقد روي عن نافع ، عن ابن عمر ، عن عمر : أنه قال : (من باع عبداً وله مال . . فماله للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع) . هكذا رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع ، ثم قال : والعمل علىٰ هٰذا الحديث عند بعض أهل العلم ، وهو قول الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق .

قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٧٦) : فيه دليل علىٰ : أن السيد إذا أذن لعبده في الاكتساب صح ، وكذا يدلُّ علىٰ : أنه إذا ملَّكه مالاً . . أنه يملكه ، وهو أحد القولين .

المُبْتَاعُ »[1] . فأَضافَ إِليهِ المالَ ، وحقيقةُ الإِضافةِ تقتضي الملكَ إِذا كانتِ الإِضافةُ إِلىٰ مَنْ هوَ مِنْ أَهلِ الملكِ ، ولأَنَّهُ آدميٌّ حيٌّ ، فملكَ المالَ ، كالحرِّ .

و [**الثاني**] : قالَ في **الجديدِ** : (لا يملكُ) . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، والثوريُّ ، والروايةُ الأُخرىٰ عَنْ أَحمدَ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴾ [النحل : ٧٥] . فنفىٰ قدرتَهُ علىٰ شيءٍ ، فلو قُلنا : إِنَّهُ يملكُ . . لأَثبتنا لَهُ قدرةً علىٰ ما يملكُ ، ولأَنَّهُ سببٌ يَملكُ بهِ المالَ ، فلَمْ يَملكْ بهِ العبدُ ، كالإِرثِ .

وأَمَّا الخبرُ الأَوَّلُ : فلا يعرفُ .

وأَمَّا الثاني : ففيهِ دليلٌ علىٰ : أَنَّهُ لا يملكُ ؛ لأَنَّهُ قالَ : « فَمَالُهُ للبَائِعِ » . فلو ملكَه العبدُ . . لَمَا جعلَهُ للبائعِ ، فدَلَّ علىٰ : أَنَّ إِضافةَ الملكِ إِليهِ إِنَّما هيَ إِضافةُ مجازٍ ، لا أَنَّها إِضافةٌ تقتضي الملكَ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ للقولينِ فوائدَ :

منها : إِذا ملَّكَهُ السيِّدُ نصاباً مِنَ المالِ ، فإِنْ قُلنا بقولهِ **الجديدِ** . . فالزكاةُ فيهِ علىٰ السيِّدِ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ لَمْ يَزُلْ عنهُ . وإِنْ قُلنا **بالقديمِ** . . لَمْ تجبِ الزكاةُ فيهِ علىٰ السيِّدِ ؛ لأَنَّهُ قدْ زالَ ملكُهُ عنهُ ، ولا علىٰ العبدِ ؛ لأَنَّ ملكَهُ ضعيفٌ .

ومنها : إِذا ملَّكهُ السيِّدُ جاريةً ، فإِنْ قُلنا **بالجديدِ** . . لَمْ يجزْ للعبدِ وطؤهَا ؛ لأَنَّهُ لا يملِكُها . وإِنْ قُلنا **بالقديم** ، فإِنْ أَذِنَ لهُ السيِّدُ في وطئِها . . جازَ لَهُ وطؤُها ، وإِنْ لَمْ يأذنْ لَهُ في وطئِها . . لَمْ يَجُزْ لَهُ وطؤُها .

ومنها : إِذا وجبتْ علىٰ العبدِ كفَّارةٌ ، فإِنْ قُلنا **بالجديدِ** . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يكفِّرَ بالإِطعامِ ولا بالكِسوةِ ؛ لأَنَّهُ لا يملكُ ذٰلكَ ، بلْ يكفِّرُ بالصومِ . وإِنْ قُلنا **بالقديمِ** . . جازَ لَهُ أَنْ يكفِّرَ بالإِطعامِ والكسوةِ ، ولا يكفِّرُ بالعتقِ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّ العتقَ يتضمَّنُ الوَلاءَ ، والعبدُ ليسَ مِمَّنْ يثبتُ لَهُ الوَلاءُ .

---

(١) أخرجه عن ابن عمر بلفظه عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٦٢٠) في بيع العبد وله مال ، وأبو داود (٣٤٣٣) و(٣٤٣٤) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٦٢٩) في البيوع ، وانظر الحديث السالف .

ومنها : إذا ملَّكَهُ السيِّدُ مالاً ، ثُمَّ باعَهُ ومالَهُ ، فإنْ قُلنا بقولهِ **الجديدِ** . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ حتّىٰ يكونَ مالُهُ معلوماً عندَ المتبايعَيْنِ ؛ لأَنَّهُما مالانِ مبيعانِ . فإنْ كانَ مالُهُ دراهمَ ، فباعَ العبدَ ومالَهُ بدراهمَ ، أَو كانَ مالُهُ دنانيرَ ، فباعَهُ وَمالَه[1] بدنانيرَ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ رباً ، وإنْ كانَ مالُهُ دنانيرَ ، فباعَ العبدَ ومالَهُ بدراهمَ ، أَو كانَ مالُهُ دراهمَ ، فباعَ العبدَ ومالَهُ بدنانيرَ . . فعلىٰ القولينِ فيمنْ جمعَ بينَ بيعٍ وصرفٍ . وإنْ قلنا بقولهِ **القديم** ، وٱشترطَ المبتاعُ مالَهُ . . صَحَّ البيعُ فيهما وإنْ كانَ المالُ مجهولاً عندَهُما ، أَو عندَ أَحدِهِما ؛ للخبرِ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في تعليلهِ :

فمنهم مَنْ قالَ : إنَّما صَحَّ ذٰلكَ ؛ لأنَّ البيعَ ينصرفُ إلىٰ العبدِ ، وأَمّا مالُهُ . . فهوَ تابعٌ لَهُ ، فلَمْ تؤثِّرِ الجهالةُ فيهِ ، كما لا تؤثِّرُ الجهالةُ في طيِّ الآبارِ ، وأَساسِ الحيطانِ ، وسقوفِ البيوتِ ، إلاَّ أَنّه إذا باعَ العبدَ بدراهمَ ، وكانَ مالُهُ دراهمَ ، أَو باعهُ بدنانيرَ ، وكانَ مالُهُ دنانيرَ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ علىٰ هٰذا التعليلِ ؛ لأنَّ الرِّبا يحرمُ في التابعِ ، كما يحرمُ في المتبوعِ .

ومنهم مَنْ قالَ : إنَّما يَصِحُّ البيعُ فيهما وإنْ كانَ مالُهُ مجهولاً ؛ لأَنَّ مالَهُ غيرُ مبيعٍ ، بل يبقىٰ علىٰ ملكِ العبدِ .

فعلىٰ هٰذا : يَصِحُّ أَنْ يبيعَ العبدَ ومالَهُ إنْ كانَ دراهمَ بدراهمَ ، وإنْ كانَ دنانيرَ بدنانيرَ ، **وهٰذا التعليلُ هوَ الأَصحُّ ؛** لأَنَّ الشافعيَّ قالَ في **القديم** : (وعابَ علينا بعضُ الناسِ ، فقالَ : إنَّكُم تجوِّزُونَ أَنْ يشتريَ عبداً ومعَهُ أَلفا درهمٍ بأَلفِ درهمٍ ، فيقبِضُ المشتري الثمنَ بأَحدِ الأَلفينِ ، ويسلِّمُ لَهُ العبدَ والأَلفَ الآخرَ) ، فٱلتزمَ الشافعيُّ السؤالَ ، وتكلَّم عليهِ ، فدلَّ علىٰ : أَنَّ ذٰلكَ يَصِحُّ علىٰ **القديمِ** ، وهٰذا لا يستقيمُ إلاَّ علىٰ هٰذهِ العلَّةِ .

---

(١) أي : العبد وما حصل له .

فرعٌ : [ٱشتراط المبتاع ومال العبد] :

إِذا ٱشترىٰ عبداً ، ولَهُ مالٌ ، وقلنا : يملِكُهُ العبدُ ، فٱشترَطَهُ المبتاعُ معَ العبدِ. . كانَ للمشتري أَنْ ينتزعَ المالَ منهُ ، فإِنِ ٱنتزعَهُ منهُ ، وأَتلفَهُ ، ثُمَّ وجدَ بالعبدِ عيباً . . لم يكنْ لَهُ ردُّهُ .

وقالَ داودُ : (يَرُدُّ العبدَ وحدَهُ) . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّ العبدَ إِذا كانَ ذا مالٍ تكونُ قيمتُهُ أَكثرَ ، فتَلَفُ المالِ يَنقُصُ مِنْ قيمتِهِ ، فلَمْ يَجُزْ ردُّهُ معَ ذٰلكَ .

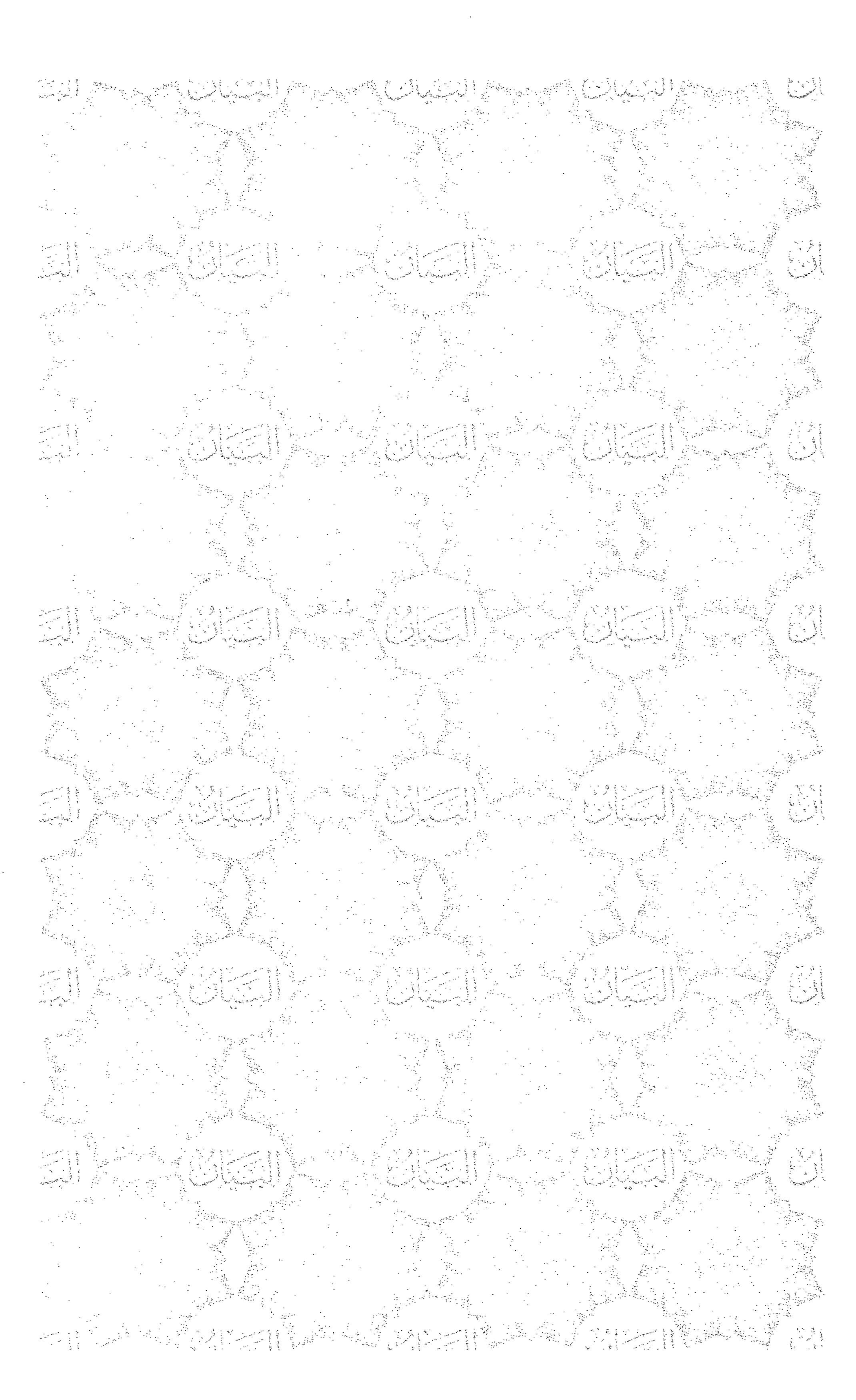
واللهُ أَعلمُ

* * *





كِتَابُ المُسَاقَاةِ



كتاب المساقاة[١]

تجوزُ المساقاةُ علىٰ النخلِ ، وهي : أَنْ يدفعَ الرَّجلُ نخلَهُ إِلىٰ رجلٍ ليعملَ عليها ، وتكونَ الثمرةُ بينَهُما علىٰ ما يشترطانِ .

وإِنَّما سمِّيتْ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ أَكثرَ عملِ أَهلِ الحجازِ علىٰ النَّخلِ السَّقيُ مِنَ الآبارِ ، فسمِّيتْ بذٰلكَ .

ومِمَّن قالَ بصحَّةِ المُساقاةِ : أَبو بكرٍ[٢] ، وعمرُ[٣] ، وسعيدُ بنُ المسيِّبِ ، وسالمُ بنُ عبدِ الله ، ومالكٌ ، والثوريُّ[٤] ، والأَوزاعيُّ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ ، وأَبو ثورٍ ، وداودُ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وزُفَرُ : (لا تصحُّ المُساقاةُ) .

---

(١) **المساقاة** : أن يدفع الرجل إلىٰ رجل حائط نخل علىٰ أن يقوم بسقيها وقضابها وإبارها وعمارتها وإزالة الضرر عنها ، وقطافها وكل ما يصلح شأن الثمر واستزادة منابتها ، وتنقية أنهارها وحفظ ثمرتها علىٰ أن يقطع له سهماً معلوماً ممّا يخرج من ثمارها ، وهي مأخوذة من السقي ؛ لأَنَّ العامل يسقي الشجر ، وهي من أهم أمورهم لا سيما بالحجاز ، فإنَّهم يسقون نضحاً ، فيحتاجون فيها إلىٰ العامل غالباً ، فتعظم مؤنتها .

وأركانها خمسة : عاقدان ، وصيغة ، وشجرة ، وثمرة ، وعمل .

ولما شابهت المساقاة القراض في العمل في شيء ببعض نمائه وجهالة العوض ، والإجارة في اللزوم والتأقيت . . جعلت بينهما .

(٢) ذكره عن أبي بكر الصديق أبو يوسف في « الخراج » (ص/١٠٧) ، والمتقي الهندي في « كنز العمال » (٤٢٠٦٥) عن الطحاوي في « مسند الصديق » بلفظ : (كان أبو بكر يعطي الأرض علىٰ الشطر) .

(٣) سيأتي بعدُ ما يدل عليه في التعليق .

(٤) أورد أثر الثوري ابن حزم في « المحلىٰ » (٨/ ٢٢٩) .

دليلُنا : ما رُويَ عنِ ٱبنِ عبّاسٍ : أَنَّهُ قالَ : (ٱفتتحَ رسولُ اللهِ ﷺ خيبرَ علىٰ أَنَّ لهُ الأَرضَ وكلَّ صفراءَ أَو بيضاءَ ـ يعني : الذَّهبَ والفضَّةَ ـ فقالوا : نحنُ أَعلمُ بالأَرضِ منكُم ، فأَعطُونا علىٰ أَنَّ لنا النصفَ ، ولكمُ النصفَ ، فأَعطاهُمْ ، فلمّا كانَ وقتُ الثمرةِ . . بعثَ إِليهم عبدَ اللهِ بنَ رواحةَ ليحزرَ الثمرةَ ، فحزَرها عليهمْ ، فقالوا : يا ٱبنَ رواحةَ ، أَكثرتَ علينا ، فقالَ : إِنْ شئتُمْ . . فلكُمْ ، وضمنتُمْ نصيبَ المسلمينَ ، وإِنْ شئتُمْ . . فليَ ، وأَضمنُ لكُمْ نصيبَكمْ ، فقالوا : هٰذا هُو الحقُّ ، وبهِ قامتِ السماواتُ)[١] .

ورويَ : (أَنَّ عبدَ اللهِ بنَ رواحةَ خَرَصَ عليهمْ أَربعينَ أَلفَ وَسْقٍ ، فكانَ لرسولِ اللهِ ﷺ منْها عشرونَ أَلفاً ، ولهم عشرون أَلفاً)[٢] .

وروىٰ ابنُ عمرَ : (أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ ساقىٰ أَهلَ خيبرَ علىٰ تلكَ الأُصولِ بالشطرِ)[٣] .

وتجوزُ المُساقاةُ علىٰ الكرمِ ، وقالَ داودُ : (لا تجوزُ المساقاةُ علىٰ الكرمِ) .

دليلُنا : ما رَوىٰ ٱبنُ عمرَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ عاملَ أَهلَ خيبرَ علىٰ الشطرِ ممّا يخرجُ مِنَ النخلِ والشجرِ)[٤] .

---

(١) أخرجه عن ابن عباس البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١١٤ ـ ١١٥) في المساقاة ، ومختصراً الدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٧ و٣٨) في البيوع .

وبنحوه مختصراً رواه ابن ماجه (٢٤٦٨) في الرهون ، بلفظ : (أن رسول الله ﷺ أعطىٰ خيبر أهلها علىٰ النصف نخلها وأرضها) . قال في « الزوائد » : ضعيف .

(٢) أخرجه عن جابر بنحوه أبو داود (٣٤١٥) في البيوع ، وابن أبي شيبة في « المصنف » ، كما أورده عنه في « كنز العمال » (٤٢٠٩١) في المساقاة .

(٣) أخرجه عن أمير المؤمنين عمر الدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١١٤) ، وأصله في مسلم (١٥٥١) (٦) في المساقاة ، ولفظ الدارقطني : (أن رسول الله ﷺ ساقىٰ يهود خيبر علىٰ تلك الأموال علىٰ الشطر وسهامهم معلومة ، وشرط عليهم أنا إذا شئنا . . أخرجناكم) .

(٤) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما البخاري (٢٣٢٨) في الحرث والمزارعة ، ومسلم (١٥٥١) في المساقاة ، وأبو داود (٣٤٠٨) في البيوع ، والترمذي (١٣٨٣) في الأحكام ، =

ولأنَّ الكرمَ شجرٌ تجبُ الزكاةُ في ثمرَتِهِ ، فجازَتِ المُساقاةُ عليهِ ، كالنَّخلِ .

وإنْ دفعَ إليهِ ودِيّاً مقلوعاً ، وقالَ : اغرسهُ ، وقدْ ساقيتُكَ عليهِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّها مساقاةٌ بصفةٍ ، ولأنَّ المساقاةَ إنَّما تَصِحُّ علىٰ أَصلٍ ثابتٍ ، وهٰذا خَشبٌ . وإنْ كانَ مغروساً وقد عَلِقَ ، فساقاهُ علىٰ مدَّةٍ يَحملُ إليهِ[1] . . صَحَّ ؛ لأنَّهُ بالعملِ عليهِ يحصلُ الثَّمرُ ، كما يحصلُ بالعملِ علىٰ النخلِ .

و (الوَدِيُّ) ـ بكسرِ الدَّالِ وتشديدِ الياءِ ـ : هُو فسيلُ النَّخلِ .

وكذٰلكَ : تَصِحُّ المساقاةُ علىٰ صغارِ الكرمِ إذا غُرسَ وعلِقَ إلىٰ وقتٍ يحملُ فيهِ .

ولا تجوزُ المساقاةُ علىٰ البقولِ ، والقصبِ الفارسيّ ، والبطّيخِ ، والقِثّاءِ ، والتوتِ الذكرِ الذي ثمرتُهُ الورقُ ؛ لأنَّها كالزرعِ ، فلَمْ تَجُزِ المساقاةُ عليها ، كما لا تجوزُ المخابرةُ علىٰ الزرعِ . وهلْ تَصِحُّ المساقاةُ علىٰ سائرِ الأَشجارِ المثمرةِ ، كالتينِ ، والتفّاحِ ، والمشمشِ ، والرُّمّانِ ، والسَّفَرْجَلِ ، والتوتِ الشاميِّ ؟ فيهِ قولانِ :

[**الأول**] : قالَ في **القديم** : (يَصِحُّ) . وهوَ قولُ مالكٍ ، وأَبي يوسفَ ، ومحمَّدٍ ؛ لما روىٰ ابنُ عمرَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ عاملَ أَهلَ خيبرَ علىٰ الشطرِ مِمّا يخرجُ مِنَ النخلِ والشجرِ) . و (الشجرُ) : اسمٌ لكلِّ شجرةٍ مثمرةٍ ، ولأنَّها أَشجارٌ مثمرةٌ ، فصحَّتِ المساقاةُ عليها ، كالنَّخلِ والكرمِ .

و [**الثاني**] : قالَ في **الجديدِ** : (لا يَصِحُّ) ؛ لأنَّها أَشجارٌ لَمْ تجبْ في نمائِها الزكاةُ ، فلَمْ تَصِحَّ المساقاةُ عليها ، كالخلافِ ، والقصبِ الفارسيِّ . وأمّا الخبرُ : فمحمولٌ علىٰ الشجرِ الذي كانَ بخيبرَ ، ولَمْ يكنْ بها غيرُ النخلِ والكرمِ . وهلْ تَصِحُّ المساقاةُ علىٰ الثمرةِ الظاهرةِ ؟ يُنظرُ فيها :

فإنْ كانَ قد بدا الصلاحُ فيها . . لَمْ تَصِحَّ المساقاةُ عليها ، قولاً واحداً ؛ لأنَّها قدِ

= وابن ماجه (٢٤٦٧) في الرهون ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/١١٣ و ١١٥) في المساقاة . قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح ، والعمل علىٰ هٰذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم . . . وفي الباب : عن أنس وزيد بن ثابت أيضاً .

(١) في نسخة : (فيه) .

ٱستغنتْ عَنْ عملٍ يكونُ فيهِ زيادتُها وتنميتُها .

وإِنْ ظهرتْ ولَمْ يبدُ فيها الصلاحُ . . فهلْ تَصِحُّ المساقاةُ عليها ؟ فيهِ قولانِ :

قالَ في « الأُمِّ » [٣/٢٣٨] : (تَصِحُّ) . وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لأَنَّهُ إِذا جازتِ المساقاةُ عليها قبلَ ظهورِها . . فبعدَ ظهورِها أَولىٰ .

وقالَ في « البويطيِّ » : (لا يَصِحُّ) ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ عاملَ أَهلَ خيبرَ علىٰ الشطرِ مِمّا يخرجُ مِنْ ثمرٍ وزرعٍ) . فذكرَ علىٰ ما يخرجُ لا على ما خرجَ ، ولأنَّ الثمرةَ إِذا خرجتْ . . فقدْ حصلَ المقصودُ ، فصارَ ذٰلكَ بمثابةِ أَنْ يقارضَهُ علىٰ المالِ بعدَ ظهورِ الرِّبحِ . هٰذا نقلُ بعضِ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » : ق/٣٢٥] : إِذا ظهرتِ الثمرةُ ولَمْ يبدُ فيها الصلاحُ . . صحَّتِ المساقاةُ فيها ، وجهاً واحداً ، وإِنْ ظهرتْ وبدا فيها الصلاحُ . . فهلْ تَصِحُّ المُساقاةُ عليها ؟ فيهِ وجهانِ .

مسأَلةٌ : [تعيين حائط المُساقاة شرط] :

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ أَحدِ هٰذينِ الحائِطينِ . . لَمْ يَصِحَّ ، كما لو قالَ : بعتُكَ أَحدَ هٰذينِ العبدينِ .

وإِنْ ساقاهُ علىٰ حائطٍ لهُ معيَّنٍ ، إِلاَّ أَنَّ العاملَ لَمْ يرَهُ . . فقدِ ٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهم مَنْ قالَ : فيها قولانِ ، كما لوِ ٱشترىٰ عبداً معيباً لَمْ يَرَهُ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ المُساقاةَ معقودةٌ علىٰ الغَرَرِ ، فلا يجوزُ أَنْ يضافَ إِليها الغَرَرُ بعدمِ الرُّؤيةِ .

مسأَلةٌ : [تأقيت المُساقاة شرط] :

ولا تَصِحُّ المُساقاةُ إِلاَّ إِلىٰ مدَّةٍ معلومةٍ ؛ لأَنَّها عقدٌ لازمٌ ، فلو جازَ عقدُها إِلىٰ غيرِ مدَّةٍ . . لاستحقَّها العاملُ علىٰ الدَّوامِ ، وهٰذا حكمُ الأَملاكِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ ساقاهُ علىٰ نخلٍ أَو وديٍّ إِلىٰ مدَّةٍ يحملُ فيها بحكمِ الغالبِ . .

صَحَّ ؛ لأنَّ أكثرَ ما فيهِ أنَّ العملَ كثيرٌ ، والنصيبَ قليلٌ ، وذٰلكَ لا يمنعُ صحَّةَ العقدِ ، كما لو ساقاهُ علىٰ جزءٍ مِنْ ألفِ جزءٍ مِنَ الثَّمرةِ ، فإنْ حملتِ النخلُ . . ٱستحقَّ العاملُ ما شُرِطَ لهُ ، وإنْ لَمْ تحملْ لآفةٍ . . لَمْ يستحقَّ العاملُ شيئاً ؛ لأنَّ في العقدِ الصحيحِ لا يستحقُّ غيرَ ما شُرِطَ لهُ .

وإنْ ساقاهُ إلىٰ مدَّةٍ لا تحملُ فيها في العادةِ ، مثل : أَنْ كانتْ تحملُ إلىٰ خمسِ سنينَ ، فساقاهُ إلىٰ أربعِ سنينَ . . لَمْ تَصِحَّ ؛ لأنَّ المقصودَ في المُساقاةِ أَنْ يشتركا في الثَّمرةِ ، وذٰلكَ غيرُ موجودٍ في هٰذهِ المُساقاةِ .

فإنْ عملَ العاملُ . . فهلْ يستحقُّ الأُجرةَ ؟

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٢٦] : إنْ كانَ العاملُ لا يعلمُ أنَّها تحملُ لأوانِ(١) تلكَ المدَّةِ . . ٱستحقَّ الأُجرةَ ، وجهاً واحداً ، وإنْ كانَ يعلمُ أنَّها لا تحملُ . . ففيهِ وجهانِ :

قالَ المُزنيُّ ، **وعامَّةُ أصحابِنا** : لا يستحقُّ ؛ لأنَّهُ دخلَ علىٰ أنَّهُ لا يأخذُ في مقابلةِ عملِهِ أُجرةً ، فصارَ متطوِّعاً بالعملِ .

وقالَ أبو العبّاسِ : يستحقُّ أُجرةَ المِثلِ ؛ لأنَّ عقدَ المُساقاةِ يقتضي عِوضاً ، فلا يجوزُ أَنْ يخلوَ مِنَ العِوَضِ ، كالوطءِ في النكاحِ .

وإنْ ساقاهُ إلىٰ مدَّةٍ قدْ تحملُ فيها وقدْ لا تحملُ ، وليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخرِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَصِحُّ المُساقاةُ ؛ لأنَّهُ ساقاهُ إلىٰ مدَّةٍ قدْ تحملُ فيها ، فَصَحَّ ، كما لو ساقاهُ إلىٰ مدَّةٍ قد تحملُ فيها في الغالبِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا عملَ العاملُ ، فإنْ حملَ النخلُ . . ٱستحقَّ العاملُ ما شُرِطَ لَهُ مِنَ الثَّمرةِ ، وإنْ لَمْ يحملْ . . فلا أُجرةَ لهُ ؛ لأنَّ العقدَ صحيحٌ ، فلا يستحقُّ غيرَ ما شُرِطَ لهُ .

---

(١) في (م) : (إلىٰ) .

والثاني : لا تَصِحُّ المُساقاةُ ؛ لأنَّ المُساقاةَ إِنَّما تَصِحُّ إِلىٰ مدَّةٍ تحملُ فيها في الغالبِ ، وهٰذهِ المدَّةُ لا تحملُ فيها في الغالبِ[١] .

فعلىٰ هٰذا : إذا عَمِلَ . ٱستحقَّ أُجرةَ المِثلِ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّهُ لَمْ يرضَ أَنْ يعملَ إلاَّ بعِوضٍ .

فرعٌ : [مدّة عقد المُساقاة] :

قالَ الشافعيُّ : (وتجوزُ المُساقاةُ سنَةً)[٢] ، وقالَ في (الإِجارةِ) في موضعٍ : (لا تجوزُ الإِجارةُ أَكثرَ مِنْ سنةٍ) ، وقالَ في موضعٍ : (يجوزُ أَنْ يؤاجرَ عبدَهُ ودارَهُ ثلاثينَ سنةً) ، وقالَ في (الدَّعوىٰ والبيِّناتِ) : (يجوزُ ما شاءَا) .

ولا يختلفُ أَصحابُنا في أَنَّ المُساقاةَ والإِجارةَ في ذٰلكَ واحدةٌ ، وٱختلفوا في أَكثرِ مدَّتِهما [علىٰ وجهين] :

فـ [الأول] : منهمْ مَنْ قالَ : في المسأَلتينِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : لا تجوزُ أَكثرَ مِنْ سنةٍ ؛ لأَنَّهما عقدانِ علىٰ غَرَرٍ ، فكانَ القياسُ يقتضي أَنْ لا يَصِحّا ، وإِنَّما حُكمَ بصحَّتِهما للحاجةِ ، والحاجةُ لا تدعو إِلىٰ أَكثرَ مِنْ سنةٍ ؛ لأنَّ منافعَ الأَعيانِ تتكاملُ فيها .

والثاني : تجوزُ ثلاثينَ سنةً ، ولا يجوزُ أَكثرَ منها ؛ لأَنَّها مدَّةٌ كثيرةٌ ، ولأَنَّها نصفُ العُمْرِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ ٱلسِّتِّينَ إِلىٰ ٱلسَّبْعِينَ »[٣] . فالأَشياءُ لا تبقىٰ علىٰ حالةٍ واحدةٍ أَكثرَ مِنها .

---

(١) في (م) : (إنما تحمل فيها في النادر) .

(٢) في نسخة : (سنين) .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة الترمذي (٣٥٥٤) في الدعوات ، وابن ماجه (٤٢٣٦) في الزهد ، وزادا فيه : « وأقلهم من يجوز ذٰلك » . قالَ الترمذي : حديث حسن غريب .

ورواه عن أبي هريرة الترمذي (٢٣٣٢) في الزهد ، بلفظ : « عمر أمتي من ستين سنة إلىٰ سبعين سنة » . وقال أيضاً : حديث حسن غريب ، وقد روي من غير وجه عن أبي هريرة .

والثالثُ : يجوزُ العقدُ علىٰ كلِّ عينٍ ما بقيتْ ، **وبهِ قالَ أكثرُ أهلِ العلمِ ، وهوَ الصحيحُ** .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : فإنْ كانَ عبداً . . جازتْ إجارتُهُ ستِّينَ سنةً ، وإنْ كانتْ دابّةً . . فمِنْ خمسَ عشرَةَ سنةً إلىٰ عشرينَ سنةً ، وإنْ كانتْ داراً . . فما بينَ مئةِ سنةٍ ومئةٍ وخمسينَ ، وإنْ كانتْ أرضاً . . فخَمسُ مئةِ سنةٍ وأكثرُ ، كما يَصِحُّ أنْ يبيعَهُ بثمنٍ مؤجَّلٍ إلىٰ ذٰلكَ الوقتِ .

و [**الوجه الثاني**] : منهمْ مَنْ قالَ : المسألةُ علىٰ قولينِ :

أحدُهما : لا تجوزُ أكثرَ مِنْ سنةٍ .

والثاني : تجوزُ ما بقيتِ العينُ .

فأمّا الثلاثونَ : فإنَّما[1] ذكرها الشافعيُّ علىٰ سبيلِ التكثيرِ ، لا علىٰ سبيلِ التحديدِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنْ ساقاهُ علىٰ نخلٍ سنةً بنصفِ ثمرتِها ، أو أجّرهُ عيناً لسنةٍ بأُجرةٍ معلومةٍ . . لَمْ يجبْ ذِكرُ قِسطِ كلِّ شهرٍ مِنَ العِوَضِ المشروطِ ؛ لأنَّ شهورَ السنةِ لا تختلفُ .

وإنْ أجّرهُ عيناً سنتينِ[2] بعِوَضٍ ، وقلنا : يَصِحُّ . . فهلْ يحتاجُ إلىٰ أنْ يبيِّنَ قِسْطَ كلِّ سنةٍ مِنْ ذٰلكَ العِوَضِ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما ـ وهوَ ٱختيارُ المسعوديِّ [في « الإبانة » ق/٣٢٧] ـ : أنَّهُ لا يفتقرُ إلىٰ ذٰلكَ ، كما إذا ٱشترىٰ منهُ أعياناً بثمنٍ واحدٍ ، فإنَّهُ لا يفتقرُ إلىٰ تبيينِ قِسْطِ كلِّ عينٍ منْها .

والثاني : يفتقرُ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أبي حامدٍ ؛ لأنَّ عقدَ الإجارةِ معرَّضٌ للفسخِ بتلفِ المعقودِ عليهِ ، فإذا أطلقَ الأجرةَ لجميعِ المدَّةِ . . رُبَّما لَحِقَها فسخٌ ، فٱحتيجَ إلىٰ

---

(١) في نسخة : (فقد) .

(٢) في (م) : (سنين) .

تقسيطِ الأُجرةِ علىٰ المدَّةِ ، وذٰلكَ يشقُّ ويَتعذَّرُ ، فَشَرَطَ ذٰلكَ في عقدِ الإِجارةِ ؛ ليستغنيَ عَنْ ذٰلكَ .

وإِنْ ساقاهُ علىٰ أُصولٍ سنتينِ . . فهلْ يجبُ ذِكرُ قِسْطِ كُلِّ سنةٍ ؟ مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالإِجارةِ . ومنهُم مَنْ قالَ : يجبُ ذِكرُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ الثمارَ تختلفُ بٱختلافِ السنينَ .

فرعٌ : [حدوث الثمرة بعد انقضاء مدة المُساقاة] :

وإِنْ ساقاهُ عَشرَ سنينَ ، فٱنقضتِ العَشرُ ، ثُمَّ أَطلعتِ الثمرةُ . . فلا حقَّ للعاملِ فيها ؛ لأنَّها حادثةٌ بعدَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ، وإِنْ أَطلعتْ في آخرِ العَشرِ . . مَلكَ العاملُ جُزءاً منْها ؛ لأنَّها حدثتْ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ .

مسأَلةٌ : [حصة عامل المُساقاة تجب من الثمرة] :

ولا تَصِحُّ المُساقاةُ إِلاَّ أَنْ يشترطَ للعاملِ جُزءاً معلوماً مِنَ الثمرةِ ، كالنصفِ وَالثلثِ وما أَشبهَهما ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ عاملَ أَهلَ خيبرَ علىٰ شطرِ ما يخرجُ مِنَ النخلِ والشجرِ) ، ولأنَّ المقصودَ مِنَ المُساقاةِ علىٰ أَنْ يَقْتسمَ رَبُّ المالِ والعاملُ الثمرةَ ، فإِذا لَمْ يُعلمْ ما للعاملِ . . لَمْ يمكنْهُما القسمةُ .

فإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ هٰذهِ النخلِ ، علىٰ أَنَّ لكَ نصيباً مِنْ ثمرتِها ، أَو قِسْطاً ، أَو جُزءاً . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذٰلكَ مجهولٌ ؛ لأنَّهُ يقعُ علىٰ القليلِ والكثيرِ .

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ نِصفَ الثمرةِ ، وسكتَ عَنِ الباقي . . صَحَّ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّ جميعَ الثمرةِ لرَبِّ المالِ ، فإِذا شَرَطَ للعاملِ نصفَها . . بقيَ الباقي علىٰ ملكِهِ .

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ أَنَّ ليَ نصفَ الثمرةِ ، وسكتَ عمّا للعاملِ . . فقدْ قالَ المُزنيُّ ، **وعامَّةُ أَصحابِنا** : لا تَصِحُّ المُساقاةُ ؛ لأنَّ جميعَ الثمرةِ لرَبِّ المالِ ، وإِنَّما يستحقُّ العاملُ بعضَها بالشرطِ ، ولَمْ يَشْرِطْ لهُ شيئاً . وحُكيَ عَنْ أَبي العبّاسِ : أَنَّهُ

قالَ : يَصِحُّ ، ويكونُ الباقي للعاملِ ؛ لأنَّ قولَهُ : ساقيتُكَ . . يقتضي ٱشتراكَهُما في الثمرةِ ، فإذا شَرَطَ لنفسِهِ شيئاً مِنَ الثَّمرةِ . . بقيَ الباقي للعاملِ . **والأَوَّلُ أَصَحُّ** .

فإذا قُلنا بالأَوَّلِ : فعمِلَ العاملُ . . فهلْ يستحقُّ أُجرةً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يستحقُّ ؛ لأَنَّهُ رضيَ أَنْ يعملَ بغيرِ عِوَضٍ .

والثاني : يستحقُّ أُجرةَ المِثلِ ؛ لأنَّ المُساقاةَ تقتضي العِوَضَ .

وإنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ هٰذهِ النخيلِ ، علىٰ أَنَّ الثَّمرةَ كلَّها لي . . لَمْ يستحقَّ العاملُ شيئاً مِنَ الثَّمرةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يشترطْ لهُ مِنها شيئاً ، فإنْ عملَ الأَجيرُ . . فهلْ يستحقُّ أُجرةً ؟ علىٰ الوجهينِ .

وإنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ أَنَّ الثَّمرةَ كلَّها لكَ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ هٰذا شرطٌ ينافي مقتضىٰ المُساقاةِ ، فإنْ عملَ الأَجيرُ . . ٱستحقَّ أُجرةَ المِثلِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يرضَ بغيرِ عِوَضٍ .

وإنْ قالَ رَبُّ النخيلِ لرَجلٍ : ٱعملْ لي علىٰ هٰذهِ النخلةِ ، والثَّمرةُ كلُّها لي . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإنَّ ذٰلكَ كالبِضاعةِ ، فتكونُ الثَّمرةُ كلُّها لرَبِّ النخيلِ .

وإنْ قالَ لهُ : خُذْ هٰذهِ النخيلَ ، وٱعملْ عليها ، والثَّمرةُ كلُّها لكَ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإنَّ ذٰلكَ يكونُ قَرْضاً للنخيلِ ، كما لو قالَ : ٱعملْ لي علىٰ هٰذهِ الدراهمِ ، والرِّبحُ كلُّهُ لكَ .

ولعلَّ الشيخَ أَبا حامدٍ أَرادَ : أَنَّ النخيلَ تكونُ مقبوضةً بحكمِ القرضِ الفاسدِ ؛ لأنَّ ٱقتراضَ النخيلِ لا يَصِحُّ ، وٱقتراضَ الثَّمرةِ علىٰ النخلِ لا يَصِحُّ ، **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّهُ أَباحَ لهُ ثمرةَ النخلِ ؛ لأنَّ الإباحةَ تَصِحُّ في الموجودِ والمعدومِ ، والمعلومِ والمجهولِ .

فرعٌ : [تعليق مساقاة علىٰ مساقاة] :

وإنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ هٰذا البستانِ بالنصفِ ، علىٰ أَنْ أُساقِيَكَ علىٰ البستانِ الآخَرِ بالثلثِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ في معنىٰ بيعتينِ في بيعةٍ .

وإنْ كانَ بينَ رجلينِ نخلٌ ، فقالا : ساقيناكَ علىٰ أَنَّ لكَ نصفَ الثمرةِ . . صَحَّ ، ويكونُ النصفُ الآخرُ بينَهما علىٰ قدرِ أَملاكِهِما ، وسواءٌ عَرَف العاملُ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهُما أَو لَمْ يعرفْهُ ؛ لأنَّ نصيبَهُ معلومٌ ، وهوَ النصفُ مِنْ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما ، فصَحَّ ، كما لو قالا لهُ : بعناكَ هٰذهِ الدارَ بألفٍ . . فإنَّهُ يَصِحُّ وإنْ لَمْ يعلمْ قَدَرَ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما .

وإنْ شَرَطَا لهُ النصفَ مِنْ نصيبِ أَحدِهِما ، والثلثَ مِنْ نصيبِ الآخرِ ، فإنْ عَرَفَ العاملُ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهما . . صَحَّ ؛ لأَنَّهُ عِوَضٌ معلومٌ ، وإنْ لَمْ يعرفْ ذٰلكَ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ مجهولٌ .

فإنْ ساقىٰ رجلٌ رجلينِ علىٰ نخلٍ لهُ ، وقالَ : ساقيتُكُما علىٰ أَنَّ لكُما نصفَ الثَّمرةِ بينكما . . صَحَّ ، ويكونُ النصفُ بينَهُما نصفينِ ؛ لأنَّ الإضافةَ تقتضي التسويةَ ، وإنْ قالَ : ساقيتُكُما علىٰ أَنَّ لهٰذا نصفَ الثمرةِ ، وللآخرِ سدسَ الثمرةِ . . صَحَّ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ عِوَضٌ معلومٌ .

فرعٌ : [المساقاة علىٰ نصف أنواع الثمر] :

وإنْ كانَ لرجلٍ بستانٌ فيهِ أَنواعٌ مِنَ النخيلِ ، وساقىٰ رجلاً علىٰ أَنَّ لهُ نصفَ الثمرةِ . . صَحَّ ، وإنْ لَمْ يعرفْ كلَّ نوعٍ فيهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ عِوَضٌ معلومٌ ، وإنْ قالَ : علىٰ أَنَّ لكَ مِنَ النوعِ الفلانيِّ النصفَ ، ومِنَ الفلانيِّ الثلثَ ، ومِنَ الفلانيِّ السدسَ ، فإنْ عَرَفَ العاملُ وربُّ المالِ قَدرَ كلِّ واحدٍ مِنَ الأنواعِ . . صَحَّ ؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهُما سهماً معلوماً ، وإنْ لَمْ يعلما ذٰلكَ ، أَو أَحدُهما . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهُما يقلُّ ويكثرُ .

فرعٌ : [ساقاه سنين علىٰ أن لكل سنة حصة ونصيباً خاصاً] :

فإنْ ساقاهُ ثلاثَ سنينَ ، علىٰ أَنَّ للعاملِ في السنةِ الأُولىٰ نصفَ الثمرةِ ، وفي السنةِ الثانيةِ ثلثَ الثمرةِ ، وفي السنةِ الثالثةِ سدسَ الثمرةِ . . ففيهِ طريقانِ :

[**الطريقُ الأوّلُ**] : قالَ أبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : يَصِحُّ ذٰلكَ ، قولاً واحداً ، كما لَو ساقاهُ علىٰ أَنواعٍ ، وجَعَلَ لَهُ مِنْ كُلِّ نوعٍ نصيباً معلوماً وإِنِ ٱختلفَ الأَنصباءُ وهُما يعلمانِ الأَنواعَ .

و [**الطريقُ الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كما لو أَسلمَ ديناراً علىٰ قفيزِ حِنْطَةٍ ، وقَفيزِ شعيرٍ .

وإِنْ ساقاهُ علىٰ أَنَّ لهُ صاعاً مِنَ الثمرةِ ، والباقيَ لرَبِّ المالِ ، أَو للعاملِ ثمرةَ نخلةٍ أَو نخلاتٍ بعينِها . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ قدْ لا يحملُ في البستانِ إِلاَّ ما ٱشترطَهُ للعاملِ ، فيؤدِّي إِلىٰ أَنْ يَستبدَّ العاملُ بجميعِ الثمرةِ ، أَو قدْ لا يحملُ النخلُ التي عيَّنَها للعاملِ ، فيَستضِرُّ العاملُ .

فرعٌ : [مساقاة أحد الشريكين الآخر] :

وإِنْ كانَتْ نخلٌ بينَ رجلينِ نصفينِ ، فقالَ أَحدُهما للآخَرِ : ساقيتُكَ علىٰ هٰذهِ النخلِ ، علىٰ أَنَّ لكَ ثلثي الثمرةِ وَليَ الثلثَ . . صَحَّ ؛ لأَنَّهُ شَرَطَ للعاملِ ثلثَ نصيبهِ بالعملِ ؛ لأَنَّ العاملَ يستحقُّ نصفَ الثمرةِ بحقِّ الملكِ ، فصَحَّ ، فهوَ كما لو قالَ : ساقيتُكَ علىٰ نصيبي ، علىٰ أَنَّ لكَ ثلثَ نصيبي مِنَ الثمرةِ .

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ نصفَ الثمرةِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَشرِطْ للعاملِ شيئاً مِنَ الثمرةِ بحقِّ العملِ .

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ أَنَّ لكَ ثلثَ الثمرةِ وليَ الثلثينِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَشْرِطْ للعاملِ شيئاً مِنْ ثمرتِهِ بحقِّ العملِ ، ولأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يأخذَ مِنْ نصيبِ الآخرِ سهماً بغيرِ عِوَضٍ ، وذٰلكَ لا يجوزُ .

فإِنْ عملَ العاملُ في هاتينِ المسأَلتينِ . . فهلْ يستحقُّ أُجرةَ المثلِ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرهُما .

فإِنْ كانتْ بحالِها ، وساقىٰ أَحدُهُما صاحبَهُ علىٰ أَنْ يعملا جميعاً في النخلِ ، ويكونَ لأَحدِهما ثلثُ الثمرةِ ، وللآخرِ الثلثانِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ المُساقاةِ أَنْ

يكونَ مِنْ أَحدِهِما المالُ ، ومِنَ الآخَرِ العملُ ، وهاهُنا مِنْ كلِّ واحدٍ منهُما مالٌ وعملٌ ، فإِنْ عمِلا . . كانتِ الثمرةُ بينَهُما نصفينِ بحقِّ الملكِ ، فإِنْ تساويا في العملِ . . لَمْ يَرجِعْ أَحدُهُما علىٰ الآخَرِ بشيءٍ ، وإِنْ عمِلَ مَنْ شُرِطَ لهُ الثلثانِ أكثرَ . . رجعَ علىٰ شريكِهِ بفضلِ عملِهِ في مالِهِ ؛ لأنَّهُ لَمْ يعملْ علىٰ مالِ شريكِهِ إِلاَّ بعوضٍ ، ولَمْ يسلمْ لَهُ ، وإِنْ كانَ عَمَلُ الآخَرِ أكثرَ . . فهلْ يستحقُّ أُجرةَ الزيادةِ ؟ علىٰ الوجهينِ للمُزنيِّ وأَبي العبّاسِ .

فرعٌ : [المساقاة علىٰ عوض مجهول] :

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ هٰذهِ النخلِ ، علىٰ أَنَّكَ إِنْ سقيتَها بماءِ سماءٍ أَو سَيْحٍ ـ وهو السيل[1] ـ فلكَ ثلثُ الثمرةِ ، وإِنْ سقيتَها بنضحٍ ـ وهو الغرْبُ[2] ـ فلكَ نصفُ الثمرةِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ عِوَضٌ مجهولٌ ؛ لأَنَّهُ لا يدري : أَيسقيها بالسَّيحِ ، أَو بالنَّضحِ ؟

وإِنْ ساقاهُ علىٰ فسيلِ نخلٍ ، علىٰ أَنَّ لهُ نصفَ الفسيلِ ، ونصفَ الثمرةِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ مقتضىٰ المُساقاةِ أَنْ يكونَ الأَصلُ لرَبِّ المالِ ، والثمرةُ بينهما ، فإِذا شَرَطَ للعاملِ شيئاً مِنَ الأَصلِ ، كانَ ذٰلكَ ينافي مقتضاها . . فلَمْ يَصِحَّ .

فرعٌ : [اشتراط ما لا يصحُّ شرعاً] :

وإِنْ ساقاهُ عشرَ سنينَ ، وشَرَطَ لهُ ثمرةَ سنةِ الإِحدىٰ عشرةَ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ لهُ ثمرةَ سنةٍ لا يستحقُّ عليهِ فيها عَمَلاً ، وإِنْ شرَطَ لهُ ثمرةَ السنةِ العاشرةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ شَرطَ عليهِ عملاً في مدَّةٍ تثمرُ فيها ، ولا يستحقُّ شيئاً مِنْ ثمرتِها .

والثاني : يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ أَنْ يعملَ في جميعِ السنةِ وإِنْ كانتِ الثمرةُ في بعضِها .

---

(١) في (م) : (الغيل) ، وهو أيضاً : الماء الجاري على وجه الأرض .

(٢) **الغَرْب** : الدلو العظيمة التي تتخذ من جلد الثور ، وإذا فتحت الراء ، فهو الماء السائل بين البئر والحوض ، ومنه حديث رؤيا النبي ﷺ عن أبي هريرة عند مسلم (٢٣٩٢) وفيه : « ثم استحالت غرباً فأخذها ابن الخطاب فلم أر عبقرياً . . » . وفي نسخة : (القِرب) .

مسأَلةٌ : [صيغ المساقاة] :

وتنعقدُ المُساقاةُ بلفظِ المُساقاةِ ؛ لأَنَّهُ لفظٌ وضِعَ لها ، وتنعقدُ بما يؤدِّي معناها ، بأَنْ يقولَ : أعمل علىٰ هٰذهِ النخيلِ ولكَ نصفُ ثمرتِها ، وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » : ق/ ٣٢٥] : وكذٰلكَ إِذا قالَ : تعهَّدْ نخلي ، أَوِ اسقِ نخلي ولكَ نصفُ ثمرَتِها . . صَحَّ ؛ لأَنَّهُ يؤدِّي عَنْ معنىٰ المُساقاةِ .

وإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ هٰذهِ النخلِ ، علىٰ أَنَّ لكَ نصفَ ثمرَتِها عِوَضاً عَنْ عملِكَ ، أَو أُجرةً عَنْ عملِكَ . . صَحَّ ؛ لأَنَّ ما يأخذُهُ العاملُ في الحقيقةِ هو عِوَضٌ وأُجرةٌ عَنْ عملِهِ ، فلا يضرُّهُ ذكرُهُ .

فرعٌ : [المُساقاة بلفظ الاستئجار] :

وإِنْ قالَ : استأجرتُكَ علىٰ أَنْ تعملَ علىٰ هٰذه النخلِ بنصفِ ما يخرجُ مِنْ ثمرَتِها . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الإِجارةَ تفتقرُ إِلىٰ أَنْ تكونَ الأُجرةُ معلومةَ القدرِ ، والأُجرةُ هاهنا مجهولةُ القدرِ ، فلَمْ يَصِحَّ .

وإِنْ كانتِ الثمرةُ قدْ ظهرتْ ، فاستأجرهُ ليعملَ لهُ علىٰ نخيلهِ ، أَو ليبنيَ لهُ بيتَهُ ، أَو يَخِيطَ لهُ ثوبَهُ بتلكَ الثمرةِ أَو ببعضِها . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ قدْ بَدا فيها الصلاحُ ، فاستأجرَهُ ليعملَ علىٰ النخلِ ، أَو يبنيَ لهُ ، أَو يَخيطَ لهُ ، أَو غيرِ ذٰلكَ ، ببعضِ الثمرةِ أَو بجميعِها . . صَحَّ مِنْ غيرِ شرطِ القطعِ ؛ لأَنَّ بيعَها في هٰذهِ الحالةِ يَصِحُّ منْ غيرِ شرطِ القطعِ ، فصَحَّ أَنْ يكونَ عِوَضاً في الإِجارةِ .

وإِنْ لَمْ يَبدُ صلاحُها، فإِنِ استأجرَهُ بجميعِها بشرطِ القطعِ . . صَحَّ ، كما يَصِحُّ بيعُها، وإِنْ لَمْ يَشترِطْ قطعَها . . لَمْ يَصِحَّ ، كما لا يَصِحُّ بيعُها . وإِنِ استأجرَهُ ببعضِها . . لَمْ يَصِحَّ ، سواءٌ شَرطَ القطعَ فيها أَو لَمْ يشترطْهُ ؛ لأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَشترطِ القطعَ . . لَمْ يَصِحَّ ، كما لا يَصِحُّ بيعُها بغيرِ شرطِ القطعِ ، وإِنْ شَرطَ القطعَ . أَيضاً لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّها مُشاعةٌ بينَهُ وبينَ شريكِهِ ، فلا يمكنُهُ قطعُ نصيبِهِ إِلاَّ معَ قطعِ نصيبِ شريكِهِ ، فلَمْ يَصِحَّ .

فرعٌ : [لا خيار في عقد المُساقاة] :

ولا يثبتُ في المُساقاةِ خيارُ الثلاثِ ، وفي خيارِ المجلسِ وجهانِ ، وقدْ مضىٰ ذلك في البيعِ ، فإذا انعقدتِ المُساقاةُ . . كانتْ لازمةً مِنَ الطرفينِ ؛ لأنَّها تفتقرُ إلىٰ مدَّةٍ معلومةٍ ، فكانتْ لازمةً ، كالإجارةِ ، وعكسُها القِراضُ ، والشَّرِكَةُ ، والوَكَالةُ ، لمّا لَمْ تفتقرْ إلىٰ مدَّةٍ . . كانتْ جائزةً .

مسألَةٌ : [ما يشترط علىٰ عامل المُساقاة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (وكلُّ ما فيهِ مستزادٌ في الثمرةِ مِنْ إصلاحِ الماءِ وطريقِهِ ، وتصريفِ الجريدِ ، وإبارِ النخلِ ، وقطعِ الحشيشِ المضرِّ بالنخيلِ ونحوِهِ . . جازَ شرطُهُ علىٰ العاملِ ، فأمّا سدُّ الحِظارِ[1] : فليسَ فيهِ مستزادٌ وإصلاحٌ في الثمرةِ ، فلا يجوزُ شرطُهُ علىٰ العاملِ) . وهٰذا كما قالَ : كلُّ عملٍ كانَ فيهِ زيادةُ الثمرةِ ونَماؤُها ، فهو علىٰ العاملِ ، وذٰلكَ مثلُ :

(تلقيحِ النخلِ) : وهو تأبيرُها ، و (تصريفِ الجريدِ)[2] : وهوُ قطعُ السَعفِ اليابسِ ، وتمييلُهُ علىٰ جانبٍ ؛ لتتدلّىٰ الثمرةُ[3] ، وقطعُ الحشيشِ المضرِّ بالنخلِ ،

---

(١) **الحِظار** ـ جمع حظيرة ، مثل : كرام وكريمة ـ : تعمل لتحفظ وتمنع البستان ، ولتقي من البرد والريح ، وكذا في « مختصر المزني » (٣/ ٧٢) .

قال النواوي في « الروضة » (٤/ ٢٣٦) : وأما ما لا يتكرر كل سنة ، ويقصد به حفظ الأصول . . فهو من وظيفة المالك ، وذٰلك كحفر الآبار والأنهار الجديدة والتي انهارت ، وبناء الحيطان ، ونصب الأبواب والدولاب ، ونحوها .

وفي ردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدرانِ ، ووضع الشوك علىٰ رأس الجدار وجهان ، كتنقية الأنهار ، **والأصح** : اتباع العرف . وفي نسخة : (الحيطان) . وكذا فيما سيأتي بعد .

(٢) **تصريف الجريد** : إزالة ما يضرُّ وجوده ، وردهُ السعف عن وجوه العناقيد لتصيبها الشمس ، ولتيسير قطفها عند الإدراك .

(٣) أي : كما في تعريش العنب .

وإصلاحُ (أَجاجينِها) التي يقفُ الماءُ فيها في أُصولِها ، و (إِصلاحِ الماءِ) : وهو فتحُ الساقيةِ ، وإِصلاحُ طريقِهِ ، وإِدارةُ الدُّولابِ[1] .

وأَمّا جذاذُ الثمرةِ : ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « المهذَّبِ » :

أَحدُهما : لا يجبُ علىٰ العاملِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يحتاجُ إِليهِ بعدَ تكاملِ النماءِ في الثمرةِ .

والثاني ـ ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ يجبُ علىٰ العاملِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ مِنْ مصلحةِ الثمرةِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وكذٰلكَ (المنجَلُ) الذي يُقطعُ بهِ الشوكُ مِنَ السعفِ علىٰ العاملِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : وعلىٰ العاملِ إِصلاحُ الجَرينِ[2] ، وحملُ الثمرةِ إِلىٰ الجرينِ ، وتجفيفُها إِنْ كانتْ مِمّا يُجفَّفُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ مِنْ مصلحةِ الثمرةِ .

وأَمّا حفظُ الثمرةِ علىٰ النخلِ وفي الجرينِ : ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، والمسعوديِّ [في « الإبانة » ق/ ٣٢٧] ـ : أَنَّهُ لا يجبُ علىٰ العاملِ ، **وهوَ المنصوصُ** .

والثاني ـ وهوَ قولُ ٱبنِ الصبّاغِ ، والصيمريِّ ـ : أَنَّ ذٰلكَ يجبُ علىٰ العاملِ .

وأَمّا الأَعمالُ التي فيها حفظُ الأَصلِ : فهيَ علىٰ رَبِّ النخلِ . قالَ الشافعيُّ : (وذٰلكَ مثلُ : سدِّ الحِظارِ ، وهي : الحيطانُ التي تكونُ حولَ البستانِ ؛ ليمنعَ مِنَ الدخولِ إِليها ، وكذٰلكَ : حفرُ الآبارِ والأَنهارِ ، وكذٰلكَ : الدُّولابُ والبقرُ التي يُدارُ عليها ، والكُشُّ الذي يلقَّحُ[3] بهِ ؛ لأنَّ هٰذهِ الأَشياءَ يُحتاجُ إِليها لحفظِ الأَصلِ) .

فإِنْ شرطَ شيئاً مِنَ الأَعمالِ التي تجبُ علىٰ العاملِ علىٰ رَبِّ المالِ ، أَو ما يكونُ

---

(١) **الدولاب** : فارسي معرَّب ـ بضم الدال وفتحها ـ آلة لنضح الماء .

(٢) **الجرين** ، ويسمَّىٰ البيدر : الموضع الذي تداس فيه الحبوب ، كالبر والشعير ، والمكان الذي تجفف فيه الثمار ، كالمشمش والتمر والتين .

(٣) في نسخة : (الكيس الذي يلحق) .

علىٰ رَبِّ المالِ علىٰ العاملِ.. بَطلتِ المُساقاةُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ شرطٌ ينافي مقتضاها ، فأَبطلها ، **هٰذا هوَ المشهورُ** .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّد » : كَسْحُ الأَنهارِ ، والبقرُ التي يُدارُ عليها الدولابُ لا يتعلَّقُ بصلاحِ الأُصولِ والثمرةِ ، ويكونُ ذٰلكَ علىٰ مَنْ شُرِطَ أَنَّهُ يكونُ عليهِ ، وحُكيَ عَنْ أَبي إِسحاقَ : أَنَّهُ قالَ : إِذا أَهملا ذٰلكَ ، وَلَم يشترطاهُ علىٰ أَحدِهما.. لَم تَصِحَّ المُساقاةُ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

مسأَلةٌ : [شرط عمل رب المال في المساقاة يفسدها] :

وإِنْ ساقاهُ علىٰ نخلٍ ، وشرطَ العاملُ أَنْ يعملَ معَهُ رَبُّ المالِ[1] بعضَ الأَعمالِ التي تلزمُ العاملَ.. لَم تَصِحَّ المُساقاةُ ؛ لأَنَّ موضوعَ المُساقاةِ : أَنْ يكونَ العملُ مِنَ العاملِ ، والمالُ مِنْ رَبِّ المالِ ، فإِذا شَرطَ شيئاً مِنْ عملِ العاملِ علىٰ رَبِّ المالِ.. فقدْ شرطَ ما يُنافي مقتضىٰ المُساقاةِ ، فأَبطلَها .

وإِنْ شَرطَ العاملُ علىٰ رَبِّ المالِ أَنْ يعملَ معهُ غِلمانُ ربِّ المالِ.. **فالمنصوصُ** : (أَنَّهُ يَصِحُّ) . وَٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ غِلمانَ رَبِّ المالِ كرَبِّ المالِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يُحكمُ للسيِّدِ بما في يدِ عبدِهِ ، فلمّا لَم يَجُزْ أَنْ يشترطَ العاملُ العملَ علىٰ رَبِّ النخلِ.. فكذٰلكَ لا يجوزُ أَنْ يَشترطَ عملَ غلمانهِ ، وَحمل هٰذا القائلُ **نصَّ الشافعيِّ** علىٰ أَنَّهُ أَرادَ : إِذا شَرطَ العاملُ علىٰ رَبِّ النخلِ عملَ غلمانهِ في الأَعمالِ التي تَلزمُ رَبَّ المالِ ، مثلِ : سدِّ الحظارِ ، وما أَشبهَها .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يَصِحُّ ، قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهُو المذهبُ** ؛ لأَنَّ غلمانَ رَبِّ المالِ مالٌ لَهُ ، فإِذا دفعَهُم ليَعملوا معَ العاملِ.. فكأَنَّهُ ضمَّ مالَهُ إِلىٰ مالِه ، فهُو كما لَو ضمَّ إِليهِ نخلاً أُخرىٰ ، وساقاهُ عليها ، وَلأَنَّ رَبَّ المالِ يلزمُهُ بإِطلاقِ المُساقاةِ عملٌ ، مثلُ : سدِّ الحظارِ ، وحَفرِ الآبارِ ، فجازَ أَنْ يُلزمَ غلمانَهُ بالشّرطِ ، بخلافِ رَبِّ

---

(١) في (م) : (النخل) هاهنا وفيما سيأتي بعد .

المالِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يكونَ تابعاً لِمالِهِ ، والغلمانُ مالُهُ ، فجازَ أَنْ يكونوا تابعينَ لمالِهِ .

فإذا قُلنا بهٰذا : فَلا بدَّ أَنْ يكونَ الغلمانُ معلومينَ ، إِمّا بالتعيينِ ، أَو بالوصفِ ، ويكونَ الغلمانُ تحتَ تدبيرِ العاملِ في العملِ ، فيُلقِّحونَ[1] متىٰ شاءَ ، ويَسقونَ متىٰ شاءَ ؛ لأَنَّ الغلمانَ تبعٌ لَه .

ولا يجوزُ أَنْ يَشترطَ عملَهُم إلاَّ في النخلِ الذي لسيِّدِهِم ، فإِنْ شَرطَ أَنْ يَعملوا في نخلٍ للعاملِ ، أَو يَعملوا لَه عملاً غيرَ ذٰلكَ . . لَم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ العاملَ في المُساقاةِ إِنَّما يستحقُّ جُزءاً مِنَ الثمرةِ بعملهِ علىٰ النخلِ ، ولا يستحقُّ شيئاً آخرَ .

فإذا شرطَ أَنْ يعملَ الغلمانُ في نخلٍ لَه . . فقد شَرطَ أَنْ يأخُذَ شيئاً مِنَ الثمرةِ ، وشيئاً آخرَ مِنْ غيرِها . . فلَمْ يَصِحَّ .

فرعٌ : [نفقة غلمان صاحب النخل] :

وَأَمّا نفقةُ الغِلمانِ : فإِنْ شرطَ أَنَّها علىٰ سيِّدِهِم . . صَحَّ ، وكانتْ عليهِ ، وإِنْ شرطَ أَنَّها علىٰ العاملِ . . صَحَّ ، وكانتْ عليهِ ؛ لأَنَّهم يعملونَ فيما يَلزمُ كلَّ وَاحدٍ منهُما ، فجازَ أَنْ يشترطَ نفقتَهمْ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُما ، فإِنْ شَرطاها علىٰ العاملِ . . فليسَ مِنْ شرطِ ذٰلكَ تقديرُها .

وقالَ محمدُ بنُ الحسنِ : لا يجوزُ حتّىٰ يقدِّرَها .

دليلُنا : أَنَّهُ لَو وجبَ ذِكرُ مقدارِها . . لَوجبَ ذِكرُ صفتِها .

وإِنْ أَطلقا نفقةَ الغِلمانِ ، وَلَم يَشترطاها علىٰ أَحدِهِما . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، ذكرَها في « المهذَّبِ » :

أَحدُها ـ ولَم يذكرْ في « التعليقِ » و« الشاملِ » غيرَه ـ : أَنَّها علىٰ المالكِ ؛ لأَنَّهُ يملكُهُم ، فكانتْ نفقتُهم عليهِ بحقِّ الملكِ .

---

(١) في نسختين : (فيلحقون) .

والثاني : أنَّها علىٰ العاملِ ؛ لأنَّ العملَ مستحَقٌّ عليهِ ، فكانتْ نفقتُهم عليهِ .

والثالثُ : أنَّها في الثمرةِ ؛ لأنَّهم يعملونَها ، فكانتْ نفقتُهم فيها .

فرعٌ : [شرْط أُجرة عمال العامل من الثمرة مفسد للمساقاة] :

إذا ساقىٰ رجلاً علىٰ نخلٍ ، وَشرطَ العاملُ أنَّ أُجرةَ مَنْ يَستأجرُهُ مِنَ الأُجراءِ ليعملوا معهُ تكونُ مِنَ الثمرةِ. . قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (فالمُساقاةُ فاسدةٌ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في تعليلِهِ :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : إِنَّما لَم تَصِحَّ ؛ لأَنَّ الإِجارةَ لا تَصِحُّ إِلاَّ بأُجرةٍ معلومةٍ ، إِمّا معيَّنةٍ ، أَوْ في الذِّمَّةِ ، وَهاهُنا الأُجرةُ مجهولةٌ .

ومنهُمْ مَنْ قالَ : إِنَّما فَسدتْ ؛ لأَنَّ العملَ مستحَقٌّ علىٰ العاملِ ، وأُجرةَ مَنْ يعملُ عليهِ ، فإِذا شرطَ أُجرةَ مَنْ يعملُ ذٰلكَ مِنَ الثمرةِ. . فقدْ شرطَ لنفسهِ جُزءاً مِنَ الثمرةِ ينفردُ بهِ ، فلَم تَصِحَّ ، كما لو شَرطَ لنفسهِ صاعاً مِنَ الثمرةِ والباقيَ بينَهُما .

ويفارق : إِذا شرطَ غلمانَ[1] رَبِّ المالِ يعملونَ معهُ ، وتكونُ نفقتُهم علىٰ رَبِّ النخلِ ؛ لأَنَّ هٰذا ضمَّ مالَهُ إِلىٰ مالِهِ .

وقالَ القفّالُ : إِنْ شَرطَ أَنْ تكونَ أُجرةُ الأُجراءِ مِنَ الثمرةِ. . لَم تَصِحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مجهولٌ ، وإِنْ قالا : ثلثُ الثمرةِ يكونُ مصروفاً إِلىٰ أُجرةِ الأُجراءِ ، والباقي بينَنا ، أَو قالَ رَبُّ النخلِ : لكَ ثلثُ الثمرةِ ، وللأَجيرِ الذي تَستأجرهُ ثلثُ الثمرةِ ، وَليَ ثلثُها. . صحَّ ذٰلكَ ، كما لو قالَ : علىٰ أَنَّ للعاملِ ثلثي الثمرةِ .

مسأَلةٌ : [وقت ملك العامل حصة المساقاة] :

إِذا ساقاهُ علىٰ نخلٍ ، وظهرتِ الثمرةُ. . فمتىٰ يملكُ العاملُ حصَّتَهُ مِنها ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

---

(١) أي : إذا اشترط العامل غلمانَ .

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالعاملِ في القِراضِ :

أحدُهما : أنَّ العاملَ لا يملِكُ حصَّتَهُ مِنها إلاَّ بالقسمةِ .

فعلىٰ هٰذا : تجبُ زكاةُ الجميعِ علىٰ رَبِّ النخلِ .

والثاني : يملكُ حصَّتَهُ منها بالظهورِ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ بلغَ نصيبُ كلِّ واحدٍ منهُما نصاباً . . وجبتْ عليهِ زكاةُ نصيبِهِ ، وإنْ كانَ لا يبلغُ النصابَ إلاَّ جميعُ الثمرةِ ، فإنْ قُلنا : تَصِحُّ الخُلْطةُ فيما عَدا المواشي . . وجبَ عليهما الزكاةُ ، وإنْ قُلنا : لا تصحُّ الخُلطةُ في غيرِ المواشي . . لَم تجبِ الزكاةُ علىٰ مَنْ نقصَ نصيبُهُ عنِ النصابِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يَملكُ العاملُ حصَّتَهُ مِنَ الثمرةِ بالظهورِ ، قولاً واحداً ، **وهُو الصحيحُ** ؛ لأنَّ نصيبَ العاملِ في المُساقاةِ لَم يحتملْ[1] وقايةً لرأسِ المالِ ، بخلافِ القِراضِ ، فإنَّ الرِّبحَ كلَّه وقايةٌ لرأسِ المالِ ، فلذٰلكَ لَم يملكِ العاملُ شيئاً مِنهُ قبلَ القِسمةِ في أحدِ القولينِ .

فرعٌ : [المساقاة في أرض خراجية] :

وَإنْ ساقىٰ رجلٌ رَجلاً علىٰ نخلٍ في أَرضٍ خراجيَّةٍ . . فإنَّ الخَراجَ يجبُ علىٰ رَبِّ الأَرضِ ؛ لأَنَّ الخَراجَ حقٌّ يُؤخذُ عَنْ رَقبةِ الأَرضِ ، ولا حقَّ للعاملِ في رَقبةِ الأَرضِ .

مسأَلةٌ : [اتَّهم العاملَ فأنكر فيصدق بيمينه] :

إذا اَدَّعىٰ رَبُّ النخلِ علىٰ العاملِ خيانةً أَو سرِقةً ، وبيَّنَ الدعوىٰ ، وأَنكرَ العاملُ ، ولا بيِّنةَ لرَبِّ النخلِ . . فالقولُ قولُ العاملِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّهُ أَمينٌ ، فكانَ القولُ قولَهُ . فإذا حلفَ . . سقطتْ دَعوىٰ رَبِّ المالِ ، وكانَ العاملُ علىٰ عملهِ .

---

(١) في (م) : (يجعل) .

وإنْ قامتِ البيِّنةُ علىٰ سرقتهِ ، أَو خيانتِهِ ، أَو أَقرَّ بذٰلكَ ، أَو نكلَ عَنِ اليمينِ ، فحلفَ رَبُّ النخلِ . . فقدْ قالَ المُزنيُّ في « المختصرِ » : (يَكتَري علىٰ العاملِ أَميناً يَعملُ مكانَهُ) .

وقالَ في « الجامعِ » : (يَكتري أَميناً يعملُ معهُ) .

قالَ أَصحابُنا : ليستْ علىٰ قولينِ ، وَإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (يَنزعُ النخلَ مِنْ يدِهِ ، وَيَكتري عليهِ مَنْ يقومُ مَقامَهُ) إذا كانَ العاملُ باطشاً[١] ، لا يُمكنُ حِفظُ الثمرةِ منهُ . . يُضمُّ أَمينٌ إِليهِ .

والموضعُ الذي قالَ : (يَكتري أَميناً يعملُ معَهُ) إذا كانَ العاملُ ضعيفاً في السرقةِ ، ويُمكنُ حِفظُ الثمرةِ منهُ . . يضمُّ أَمينٌ إِليهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ أُجرةَ الأَمينِ هاهُنا علىٰ العاملِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ تَمامِ حفظِ الثمرةِ ، وحِفظُها عليهِ .

مسأَلةٌ : [ساقىٰ رجلاً فهرب] :

وإنْ ساقىٰ رجلٌ رجلاً مُساقاةً صحيحةً ، فهربَ العاملُ ، وتركَ العملَ . . فإِنَّ المُساقاةَ لا تنفسخُ ؛ لأَنَّها عقدٌ لازمٌ ، فإذا كانَ لا يَملِكُ فسخَها بقولهِ . . فَلأَنْ لاَ تَنفسخَ بهرَبهِ أَولىٰ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ رَبَّ النخلِ يمضي إِلىٰ الحاكمِ ، ويُثبتُ عندَهُ عقدَ المُساقاةِ ، فإذا ثَبتَ العقدُ عندَهُ . . طلبَ الحاكمُ العاملَ ، فإِنْ وجدَهُ . . أَجبرَهُ علىٰ العملِ ؛ لأَنَّهُ مستحَقٌّ عليهِ . وإِنْ لَمْ يجدْهُ ، فإِنْ وَجدَ لَهُ مالاً . . ٱكترىٰ مِنْ مالِهِ مَنْ يعملُ عنهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قدْ لزمَهُ ، وإِنْ لَمْ يجدْ لَهُ مالاً ، فإِنْ كانَ في بيتِ المالِ مالٌ . . أَقرضَهُ منهُ ، وٱكترىٰ عليهِ مَنْ يعملُ عنهُ . فإذا حصلتِ الثمرةُ . . ٱقتضىٰ منهُ ما أَقرضهُ ، وَحفظَ الفضلَ لَهُ ، وإِنْ لَمْ يَحصلْ مِنَ الثمرةِ ما يَقضي بهِ ما ٱقترضَ لَهُ . . كانَ ذٰلكَ ديناً في ذِمَّتهِ

---

(١) البطشة : السطوة والأخذ بالعنف .

إلىٰ أَنْ يجدَهُ . وإِنْ لَمْ يكنْ في بيتِ المالِ مالٌ ، أَو كانَ فيهِ مالٌ لكنَّهُ يُحتاجُ إِليهِ لِما هُو أَهمُّ منهُ . . ٱقترضَ عليهِ مِنْ رجلٍ مِنَ الرعيَّةِ إِنْ وجدَ ، فإِن لم يجدْ ، ووجدَ مَنْ يستأجرُهُ بأُجرَةٍ مؤَجَّلةٍ إِلىٰ وقتِ إِدراكِ الثمرةِ . . فعلَ ذٰلكَ . وإِنْ لَمْ يجدْ شيئاً مِنْ ذٰلكَ . . سأَلَ رَبَّ النخلِ أَن يُقرضَهُ عليهِ ، فيقبضَهُ منْهُ ، ويستأجرَ بهِ مَنْ يعملُ عنهُ .

وَهلْ يجوزُ للحاكمِ أَنْ يأمرَ رَبَّ المالِ أَنْ ينفقَ علىٰ العملِ قَرضاً علىٰ العاملِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ، كما يجوز لهُ أَنْ يَستقرِضَ مِنْ غيرِهِ لهُ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأنَّ ربَّ النخلِ لا يَصِحُّ لهُ أَنْ يكونَ قابضاً مِنْ نفسِهِ .

وإِنْ لَمْ يَجدِ الحاكمُ مَنْ يَستقرضُ مِنهُ ، ولا أَقرضَهُ رَبُّ النخلِ لهُ . . نظرتَ :

فإِنْ كانتِ الثمرةُ لَمْ تَظهرْ . . فلِرَبِّ النخلِ أَنْ يفسخَ المُساقاةَ ؛ لأَنَّ العملَ قدْ تعذَّرَ مِنْ جهةِ العاملِ ، ومَنْ جهةِ مَنْ يَقومُ مَقامَهُ ، فكانَ ذٰلكَ كالعيبِ .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ أبي هريرةَ : لا يفسخُ ، ولٰكنْ يَطلبُ الحاكمُ عاملاً آخرَ يساقيهِ عَنِ العاملِ .

قالَ أَصحابُنا : فهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ المُساقاةَ تكونُ بينَ صاحبِ الأُصولِ وبينَ العاملِ ، فأَمّا أَنْ تكونَ بينَ العاملِ وعاملٍ آخرَ : فلا تَصِحُّ .

فإِذا فسخَ رَبُّ النخيلِ المُساقاةَ ، فإِنْ كانَ العاملُ لَمْ يعملْ شيئاً . . فلا شيءَ لهُ ، وإِنْ كانَ قدْ عمِلَ . . ٱستحقَّ أُجرةَ ما عمِلَهُ علىٰ رَبِّ النخلِ ، وكانتِ الثمرةُ إِذا ظهرتْ . . لرَبِّ النخلِ .

وإِنْ كانَ ذٰلكَ بعدَ ظهورِ الثمرةِ . . قالَ أَصحابُنا : فإِنَّها تكونُ مشتركةً بينَهما .

فإِنْ كانَ قدْ بدا صلاحُها . . باعَ الحاكمُ مِنْ نصيبِ العاملِ لأُجرةِ ما بقيَ مِنَ العملِ ، وٱستأجرَ عنهُ مَنْ يعملُ ذٰلكَ ، وإِنِ ٱحتاجَ إِلىٰ بيعِ جميعِهِ . . باعَهُ ، ويجوزُ بيعُها مطلقاً مِنْ غيرِ شرطِ القطعِ .

وإِنْ كانَ لَمْ يبدُ صلاحُها ، فإِنْ رضيَ رَبُّ المالِ أَنْ يبيعَ نصيبَهُ مِنها . . بِيعَ الجميعُ

بشرطِ القطعِ ، وقُسِمَ الثمنُ بينَهما ، وحُفِظَ نصيبُ العاملِ ، وإِنْ لَمْ يرضَ رَبُّ النخيلِ بَيْعَ نصيبهِ مِنها . . فإِنَّهُ لا يَصِحُّ بَيعُ نصيبِ العاملِ مِنْ غيرِ رَبِّ النخلِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا يَصِحُّ بيعُهُ إِلاَّ بشرطِ القطعِ ، وذٰلكَ لا يمكنُ معَ الإِشاعةِ . وهلْ يَصِحُّ بيعُهُ ، أَو بيعُ بعضِهِ مِنْ رَبِّ النخلِ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرهُما في البيعِ .

فإِنْ قُلنا : يَصِحُّ ، وٱختارَ رَبُّ النخيلِ أَنْ يشتريَ بعضَ نصيبِ العاملِ ، أَو جميعَهُ لِيُتِمَّ العملَ بثمنِهِ . . فَعلَ .

وإِنْ لَمْ يَخترْ رَبُّ النخلِ أَنْ يشتريَ ، أَو قُلنا : لا يَصِحُّ . . قُلنا لرَبِّ النخيلِ : ٱنصرفْ ، فَلا حُكمَ لكَ عندَنا .

وإِنْ لَمْ يَرفعْ رَبُّ النخيلِ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ ، بلْ أَنفقَ علىٰ مَنْ يعملُ علىٰ مالِهِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ قادراً علىٰ الحاكمِ . . لَمْ يَرجِعْ بشيءٍ علىٰ العاملِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ ، فإِذا ظهرتِ الثمرةُ . . كانتْ مشتركةً بينَهُ وبينَ العاملِ .

وإِنْ كانَ غيرَ قادرٍ علىٰ الحاكمِ ، فإِنْ أَنفقَ ولَمْ يُشهدْ علىٰ الإِنفاقِ ، أَو أَشهدَ ولَمْ يَشرطِ الرجوعَ . . لَمْ يَرجِعْ بما أَنفقَ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ . وإِنْ أَشهدَ علىٰ الإِنفاقِ شاهدينِ ، قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وشرطَ الرُّجوعَ بهِ . . فهلْ يَرجِعُ بهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يرجعُ ؛ لأَنَّه لا يلي على العاملِ .

والثاني : يَرجِعُ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّهُ موضعُ ضرورةٍ . هٰذا ترتيبُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٢٨] : إِذا لَمْ يَجدْ حاكماً ، فأَنفقَ بنفسهِ . . فهلْ يَرجعُ بهِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : لا يَرجِعُ ، كما لو وجدَ حاكماً ، فأَنفقَ مِنْ غيرِ إِذنِهِ .

والثاني : يَرجِعُ ؛ لأَنَّهُ معذورٌ ، ولا سبيلَ لهُ إِلىٰ غيرِ ما فعلَ .

والثالثُ : إِنْ أَشهدَ . . رجعَ ، وإِنْ لَمْ يُشهدْ . . لَمْ يَرجِعْ .

مسألةٌ : [موت أحد متعاقدي المُساقاة] :

وإنْ ماتا ، أو ماتَ أحدُهما قبلَ المفاصلةِ. . لَمْ تنفسخِ المُساقاةُ ؛ لأنَّها عقدٌ لازمٌ ، فلا تبطلُ بالموتِ ، كالبيعِ ، والإجارةِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنْ ماتَ رَبُّ المالِ. . فإنَّ العاملَ علىٰ عملهِ ، فإنْ حصلتِ الثمرةُ. . قاسمَ العاملُ ورثةَ رَبِّ النخيلِ ، كما كانَ يقاسمُ رَبَّ النخيلِ .

وإنْ ماتَ العاملُ ، فإنِ ٱختارَ وارثُهُ أَنْ يُتِمَّ العملَ. . جازَ ، وإنِ ٱمتنعَ مِنَ العملِ. . لَمْ يُجبَرْ عليهِ . وحكىٰ القاضي أبو حامدٍ وجهاً آخرَ : **أَنَّهُ يُجبَرُ** ؛ لأنَّ الوارثَ يقومُ مَقامَ مورِّثهِ . **والأوَّلُ أصحُّ** ؛ لأنَّ الوارثَ لا يلزمُهُ حقٌّ لزِمَ الموروثَ ، إلاَّ ما كانَ يمكنُهُ دفعُهُ مِنْ مالِ الموروثِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ الأمرَ يُرفعُ إلىٰ الحاكمِ ، فإنْ وَجدَ للعاملِ مالاً. . ٱكترىٰ منهُ مَنْ يُتِمُّ العملَ ، وإنْ لَمْ يجدْ لهُ مالاً. . لَمْ يَجُزْ للحاكمِ أَنْ يَقترضَ عليهِ لتمامِ العملِ ؛ لأنَّهُ لا ذِمَّةَ هاهُنا للميِّتِ ، بخلافِ الحيِّ إذا هربَ. . فإنَّ لهُ ذمَّةً .

فإنْ كانتِ الثمرةُ لَمْ تَظهرْ. . فلرَبِّ النخيلِ أَنْ يفسخَ المُساقاةَ ، علىٰ ما ذكرناهُ في هَرَبِ العاملِ .

وإنْ ظهرتِ الثمرةُ. . فهيَ مشتركةٌ بينَ رَبِّ النخيلِ وَورثةِ العاملِ ، والحكمُ في بيعِها حكمُ العاملِ إذا هَرَبَ وقد ظهرتِ الثمرةُ ، علىٰ ما مضىٰ .

فرعٌ : [ساقىٰ في مرض موته بأكثر من المثل] :

وإنْ ساقىٰ رجلٌ رجلاً في مرضِ موتِهِ علىٰ أَكثرَ مِنْ أُجرةِ مِثلهِ. . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أبو حامدٍ :

أَحدُهما : لا تُعتبرُ الزيادةُ علىٰ أُجرةِ المِثلِ مِنَ الثلثِ ، كما قُلنا فيمَنْ قارضَ رجلاً في مرضِ موتِهِ علىٰ أكثرَ مِنْ أُجرةِ مثلِهِ .

والثاني : تُعتبرُ الزيادةُ مِنَ الثلثِ ؛ لأنَّ الزيادةَ حادثةٌ للنخلِ ، وهيَ مالٌ لَهُ ،

بخلافِ الرِّبحِ ، فإِنَّهُ ليسَ بحادثٍ مِنْ أَصلِ مالِهِ ، وإِنَّما يحصُلُ بتقليبِ العاملِ وتصرُّفِهِ .

مسأَلَةٌ : [سلَّم النخل فأدعىٰ غصبها] :

إِذا سلَّمَ رجلٌ إِلىٰ رجلٍ نخلاً ، وساقاهُ عليها بنصفِ الثمرةِ ، أَو بثلثِها ، فعملَ عليها العاملُ ، وحصلتِ الثمرةُ ، ثُمَّ جاءَ رجلٌ ، وٱدَّعىٰ : أَنَّ النخيلَ لهُ ، وأَنَّ المُساقيَ غصبَها منهُ ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . حُكِمَ لهُ بالنخيلِ والثمرةِ ؛ لأَنَّها نماءُ مالِهِ .

فإِنْ كانتِ الثمرةُ باقيةً . . أَخذَها المالكُ ، ولا يستحقُّ العاملُ شيئاً مِنها ؛ لأَنَّها مساقاةٌ فاسدةٌ ، ولا يستحقُّ أُجرةً علىٰ رَبِّ النخيلِ ؛ لأَنَّهُ عمِلَ علىٰ النخيلِ بغيرِ إِذنِهِ ، ولٰكنْ يَرجِعُ علىٰ الغاصبِ بأُجرةِ عملِهِ ؛ لأَنَّهُ ٱستعملَهُ فيها ، فٱستحقَّ عليهِ الأُجرةَ ، كمنْ غصبَ نُقرةً ، فٱستأجرَ رجلاً علىٰ ضربها دراهمَ ، فإِنْ كانَ الغاصبُ والعاملُ قدِ ٱقتسما الثمرةَ وأَتلفاها . . فللمالكِ أَنْ يُضمِّنَ الغاصبَ جميعَ الثمرةِ ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَهُ وبينَ الأُصولِ ، فضمِنَ الأُصولَ وما يتولَّدُ منها .

فإِنْ أَخذَ منهُ المالكُ جميعَ الثمرةِ . . كانَ للغاصبِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ العاملِ بما أَخذَ مِنَ الثمرةِ ؛ لأَنَّهُ أَخذَهُ بعقدٍ باطلٍ ، ويَرجِعُ العاملُ علىٰ الغاصبِ بأُجرةِ عملِهِ .

وإِنِ ٱختارَ المالكُ أَنْ يضمِّنَ العاملَ . . فلَهُ أَنِ يُضمِّنَهُ نصيبَهُ الذي قبضَهُ لنفسِهِ ؛ لأَنَّهُ أَخذَهُ عِوَضَ عملِهِ ، ولَمْ يَصِحَّ أَخذُهُ ، فكانَ للمالكِ الرجوعُ عليهِ فيهِ ، ويَرجِعُ العاملُ علىٰ الغاصبِ بأُجرةِ عملِهِ .

وهلْ للمالكِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ العاملِ بجميعِ الثمرةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**الوجهُ الأَوَّلُ**] : مِنْ أَصحابنا مَنْ قالَ : لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ بجميعِ الثمرةِ ؛ لأَنَّ يدَهُ قدْ ثبتتْ علىٰ جميعِ الثمرةِ مشاهدةً بغيرِ حقٍّ ، فرجعَ عليهِ بجميعِها ، كما لو غصبَ رجلٌ مالاً ، وقارضَ عليهِ آخرَ ، وتلِفَ في يدِهِ . . فإِنَّ للمالكِ أَنْ يُضمِّنَ أَيَّهُما شاءَ بالجميعِ .

والوجهُ الثاني ـ وهُو ظاهرُ قولِ المُزنيِّ ـ : أَنَّهُ لا يَرجِعُ عليهِ بالجميعِ ، بلْ بِما أَخذَهُ

في نصيبِهِ ؛ لأنَّ العاملَ لَمْ تثبتْ يدُهُ علىٰ الثمرةِ ، وإنَّما اليدُ فيها للغاصبِ ، وَيدُ العاملِ ثابتةٌ علىٰ[1] الغاصبِ ، بدليلِ : أَنْ ـ علىٰ قَولِ الشافعيِّ ـ ليسَ علىٰ العاملِ حفظُ الثمرةِ ، وَلَو شرطَ عليهِ ذٰلكَ . . لبطلَ العقدُ ، بخلافِ مالِ القراضِ ، فإِنَّ يدَهُ قدْ ثبتتْ عليهِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يجبُ عليهِ حفظُه .

فإِذا قُلنا : يرجعُ عليهِ بنصفِ الثمرةِ . . رجعَ المالكُ علىٰ الغاصبِ بالنصفِ الثاني ، وَلا يرجعُ العاملُ علىٰ الغاصبِ بالنصفِ الذي تلفَ في يدهِ ، وَلكنْ يرجعُ بأُجرةِ عملهِ .

وَإِنْ قُلنا : يرجعُ المالكُ علىٰ العاملِ بجميعِ الثمرةِ . . رجعَ العاملُ علىٰ الغاصبِ بنصفِ الثمرةِ الذي تلفَ في يدهِ ؛ لأَنَّهُ أَتلفهُ ، ويرجعُ عليهِ بأُجرةِ عملِهِ أَيضاً .

مسأَلَةٌ : [ٱختلفا في نسبة المساقاة فيتحالفا] :

وإِن ساقىٰ رجلٌ رجلاً ، ثُمَّ ٱختلفا : فقالَ العاملُ : شرطتَ ليَ نصفَ الثمرةِ ، وَقالَ رَبُّ النخلِ : بلْ شرطتُ لكَ الثلثَ ، وَلا بيِّنةَ لواحدٍ منهُما . . فإِنَّهما يتحالفانِ .

وَقالَ مالكٌ : (إِذا ٱختلفا بعدَ العملِ . . فالقولُ قولُ العاملِ إِذا أَتىٰ بما يشبِهُهُ[2]) .

دليلُنا : أَنَّهُما متعاقدانِ ٱختلفا في صفةِ العقدِ ، فتحالفا ، كالمتبايعينِ قبلَ القبضِ ، وكالمساقاةِ قبلَ العملِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ حَلفا جميعاً . . كانتِ الثمرةُ كلُّها لرَبِّ النخلِ ، وَللعاملِ أُجرةُ عملِهِ[3] ، وَإِنْ حلفَ أَحدُهُما ، وَنكَلَ الآخرُ . . ثبتَ ما قالَ الحالفُ ، فإِنْ أَقامَ أَحدُهُما بيِّنةً . . حُكمَ لصاحبِ البيِّنةِ ، وَإِنْ أَقامَ كلُّ واحدٍ منهُما بيِّنةً ، وأَشارتا إِلىٰ عقدٍ واحدٍ في وقتٍ واحدٍ . . تعارضتِ البيِّنتانِ ، وفيهما قولانِ :

أَحدُهُما : تسقطانِ ، وهوَ الصحيحُ . فعلىٰ هٰذا : يتحالفانِ .

والثاني : تُستعملانِ ، وَفي الاستعمالِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

---

(١) في نسخة : (نائبة عن) .
(٢) في (م) : (يشبه) .
(٣) في (م) : (ما عمل) .

أَحدُها : القِسْمةُ . **وَالثاني** : الوقفُ . **وَالثالثُ** : القُرعةُ .

قالَ عامَّةُ أَصحابِنا : وَلا يجوزُ[١] الوقفُ هاهُنا ؛ لأَنَّ العقودَ لا توقفُ ، وَلا تجوزُ القِسمةُ ؛ لأَنَّ العقدَ لا ينقسمُ ، وَلا يجيءُ هاهُنا إِلا القُرعةُ .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٢٨] وجهاً آخرَ : أَنَّهُ يجيءُ فيهِ القِسمةُ ، فيقسمُ السدسُ الذي يتنازعانِ فيهِ بينهُما نصفينِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [ساقىٰ رجلان رجلاً ، فادعىٰ نصف الثمرة] :

وإِنْ ساقىٰ رجلانِ رجلاً علىٰ نخيلٍ بينَهُما ، فقالَ العاملُ : شرطتُما ليَ نصفَ الثمرةِ ، فصدَّقَهُ أَحدُهُما ، وَقالَ الآخرُ : بلْ شرطنا لكَ الثلثَ . . لزمَ المقِرَّ أَنْ يَقسمَ للعاملِ نصفَ نصيبهِ ، ثُمَّ يُنظرُ فيهِ :

فإِنْ شهدَ علىٰ شريكهِ : أَنَّهُ شرطَ للعاملِ النصفَ ، وَكانَ عدْلاً . . حلفَ معهُ العاملُ ، وَثبتَ للعاملِ النصفُ في نصيبِ الآخرِ ؛ لأَنَّهُ مالٌ ، وَالمالُ يثبتُ بشاهدٍ ويَمينٍ .

وَإِنْ لَمْ يكنْ عدلاً ، أَو لَمْ يشهدْ علىٰ شريكهِ . . فإِنَّ العاملَ والمنكِرَ يتحالفانِ ، فإِذا تحالفا . . ٱنفسخَ العقدُ بينَهُما ، وَكانَ جميعُ نصيبِ المنكرِ مِنَ الثمرةِ لَهُ ، وعليهِ للعاملِ أُجرةُ عملهِ في نصيبهِ ؛ لأَنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ في حكمِ العقدينِ .

وَباللهِ التوفيقُ

* * *

---

(١) في (م) : (يجيء) .

بابُ المزارعةِ

المزارَعَةُ[1] والمخابَرَةُ[2] **عندَ أكثرِ أصحابِنا** : اسمانِ لِمعنىً واحدٍ ، وهوَ : أَنْ يدفعَ إِلىٰ رجلٍ أَرضاً لهُ ليزرعَها ، وتكونَ الغلَّةُ بينَهما علىٰ ما يشترطانِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ :

المزارَعَةُ : أَنْ تكونَ الأَرضُ والبَذْرُ مِنْ واحدٍ ، والعملُ مِنْ واحدٍ ، وتكونَ الغلَّةُ بينَهُما .

والمخابَرَةُ : أَنْ تكونَ الأَرضُ مِنْ واحدٍ ، ومِنَ الآخرِ البَذرُ والعملُ ، ويكونَ لرَبِّ الأَرضِ شيءٌ مشروطٌ مِنَ الثمرةِ ، وهيَ مشتقَّةٌ مِنَ الخَبارِ ، وهيَ : الأَرضُ اللَّيِّنةُ . وقيلَ : اشتقاقُها مِنَ الخبيرِ : وهوَ الأَكّارُ ، يقالُ : خابرتُهُ مخابرةً ، وآكرتُهُ مُؤاكرةً[3] .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ دفعَ رجلٌ إِلىٰ رجلٍ أَرضاً ليزرعَها ، علىٰ أَنْ يكونَ لرَبِّ الأَرضِ أَو للعاملِ زرعُ موضعٍ بعينِهِ ، مثلُ : أَنْ يقولَ : زارعتُكَ علىٰ هٰذهِ الأَرضِ ، علىٰ أَنَّ لكَ ما ينبتُ علىٰ السواقِي وما أَشبهَ ذٰلكَ ، والباقيَ ليَ . فهٰذا باطلٌ **بالإِجماعِ** ؛ لأَنَّهُ قد

---

(١) **المزارعة** : المعاملة علىٰ الأرض ببعض ما يخرج من زرعها ، والبَذر من مالك الأرض ، وقد يقال : اكتراء العامل لزرع الأرض ببعض ما يخرج منها .

(٢) **المخابرة** : استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، وهي مثل المزراعة ، إلا أن البَذر من العامل ، وخبرت الأرض : شققتها للزراعة ، والقول بأنهما بمعنىٰ واحد مردود لا يوافَق عليه ، والله أعلم .

(٣) **آكرته وخابرته** ، بمعنىٰ : المزارعة ، يقال : مزارعتها علىٰ الربع أو الثلث ، وقال العباس الرياشي : **الأكّار** : الخبير . وأنشد :

نَجـذُّ رقـابَ القـومِ مـن كـلِّ جـانـب ... كجـذِّ عقـاقيـلِ الكـرومِ خبيـرُهـا

خبيرها : رفع على تكرير الفعل ، أراد : جذّه خبيرها ، أي : أكّارها . **العقاقيل** : ما عُرِّش .

لا يزرعُ الموضعَ الذي عيَّنَهُ ، وقدْ لا يزرعُ سواهُ ، فينفردُ أَحدُهُما بجميعِ الغلَّةِ ، وذٰلكَ غررٌ مِنْ غيرِ حاجةٍ ، فلَمْ يَصِحَّ .

وإِنْ زارعَهُ علىٰ جُزءٍ مُشاعٍ مِنَ الغلَّةِ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : زارعتُكَ علىٰ هٰذهِ الأَرضِ ، علىٰ أَنَّ لكَ نصفَ زرعِها أَو ثلثَهُ ـ وهيَ أَرضٌ بيضاءُ لا شجرَ فيها ـ فهٰذا باطلٌ **عندَنا** ، سواءٌ كانَ البَذرُ مِنْ مالكِ الأَرضِ أَو مِنَ العاملِ ، وبهِ قالَ ٱبنُ عمرَ ، وٱبنُ عبّاسٍ ، وأَبو هريرةَ[1] ، ومالكٌ ، وأَبو حنيفةَ .

وذهبَ جماعةٌ مِنْ أَهلِ العلمِ إِلىٰ : أَنَّ ذٰلكَ صحيحٌ لازمٌ ، ورويَ ذٰلكَ عنْ عليٍّ ، وٱبنِ مسعودٍ ، وعمّارِ بنِ ياسرٍ ، وسعدِ بنِ أَبي وَقّاصٍ ، ومُعاذِ بنِ جبلٍ . وإِليهِ ذهبَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَحمدُ : (إِنْ كانَ البَذرُ مِنْ رَبِّ الأَرضِ[2] . . جازَ ، وإِنْ كانَ مِنَ العاملِ . . لَمْ يَجُزْ) .

دليلُنا : ما رُويَ عَنْ ٱبنِ عمرَ : أَنَّهُ قالَ : (كُنّا نُخابرُ ولا نرىٰ في ذٰلكَ بأساً حتّىٰ أَخبرنا رافعُ بنُ خديجٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنِ المزارعةِ ، فتركناها لقولِ رافعٍ)[3] .

وروىٰ ثابتُ بنُ الضحّاكِ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنِ المزارعةِ)[4] .

وَروىٰ جابرٌ ، ورَافعُ بنُ خديجٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إِذَا كَانَتْ لأَحَدِكُمْ أَرْضٌ . . فَلْيَزْرَعْهَا ، أَوْ لِيَمْنَحْهَا أَخَاهُ ، وَلاَ يُكْرِهَا بِثُلُثٍ ، وَلاَ بِرُبُعٍ ، وَلاَ بِطَعَامٍ مُسَمّىً »[5] .

---

(١) نقل أثر أبي هريرة الحازمي في « الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار » (ص/ ١٧١) .

(٢) في (م) : (المال) .

(٣) أخرج خبر ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٤٧) في المزارعة ، وأبو بكر بن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٤٦) باب : من كره أن يعطي الأرض بالثلث والربع ، ومن طريقه مسلم (١٥٤٧) (١٠٧) ، وأبو داود (٣٣٨٩) في البيوع .

(٤) أخرجه عن ثابت بن الضحاك مسلم (١٥٤٩) (١١٨) و (١١٩) في البيوع .

(٥) أخرجه عن جابر ـ بألفاظ متقاربة ـ البخاري (٢٣٤٠) في الحرث والمزارعة و (٢٣٨١) في الشرب والمساقاة ، ومسلم (١٥٣٦) (٨٨) و (٨٩) و (٩٢) في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٨٧٤) و (٣٨٧٥) ونحوه (٣٨٧٨) و (٣٨٧٩) في المزارعة ، وبمعناه ابن ماجه (٢٤٥١) في الرهون ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٢٩) في المزارعة . ومن=

وأَرادَ : لا يُكْرِها بثلثِ ما يخرجُ منْها ولا بربعِهِ ، ولا بطعامٍ مسمّىً مِمّا يخرجُ منها .

ولأَنَّهُ زارَعهُ علىٰ أَرضٍ يَنْفردُ ببعضِ ما يخرجُ منْها ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لَو زارعهُ علىٰ أَنَّ لهُ ما ينبتُ علىٰ السواقي .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ زارعَ علىٰ أَرضِهِ رجلاً ، فعملَ الأَجيرُ . . كانَ باطلاً .

فإِنْ كانَ البَذرُ مِنْ مالكِ الأَرضِ . . كانتِ الغلَّةُ كلُّها لَهُ ؛ لأَنَّها عينُ مالهِ ، ويكونُ عليهِ للعاملِ أُجرةُ مثلِ عمله وبقَرِهِ وَآلتِهِ ؛ لأَنَّهُ دخلَ في العملِ ليستحقَّ جزءاً مِنَ الغلَّةِ ، ولمْ يحصُلْ لهُ ذٰلكَ ، فكانَ لهُ أُجرةُ عملهِ .

وَإِنْ كانَ البَذرُ مِنْ العاملِ . . كانتِ الغلَّةُ كلُّها للعاملِ ، ووجبَ عليهِ لصاحبِ الأَرضِ أُجرةُ أَرضهِ في مثلِ تلكَ المدَّةِ ، ولا يستحقُّ العاملُ أُجرةَ عملِهِ وبقرهِ وآلتِهِ ؛ لأنَّ عملَهُ حصلَ لَهُ .

وإِنْ كانَ البَذرُ بينَهُما نصفينِ . . كانتِ الغلَّةُ بينهُما نصفينِ ، ووجبَ للعاملِ نصفُ أُجرةِ مثلِهِ ، ونصفُ أُجرةِ بقرِهِ وآلتِهِ علىٰ رَبِّ الأَرضِ ، ووجبَ لصاحبِ الأَرضِ نصفُ أُجرةِ أَرضهِ علىٰ العاملِ .

مسأَلةٌ : [كيفيَّة تصحيح المخابرة] :

فإِنْ أَرادا الحيلةَ في تصحيحِ المخابرةِ ، وكونِ الغلَّةِ بينهُما . . فيَصِحُّ ذٰلكَ مِنْ وجوهٍ :

[الأَوَّلُ] : مِنها : أَنْ يعيرَ صاحبُ الأَرضِ العاملَ نصفَ أَرضهِ أَو ثلثَها ، ويعملَ

= ألفاظه : « من كانت له أرض . . فليزرعها . . » ، و : « من كانت له فضول أرضين . . فليزرعها ، أو ليُزرِعها أخاه » .

وأخرجه عن رافع بن خديج البخاري (٢٣٣٩) بنحو معناه في الحرث والمزارعة ، ومسلم (١٥٤٨) (١١٣) وبنحوه (١١٤) ، وأبو داود (٣٣٩٥) وما بعده في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٨٩٧) في المزارعة ، وابن ماجه (٢٤٦٥) في الرهون ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/١٣١) في المزارعة ، باب : بيان النهي عنه وأنه مقصور علىٰ كراء الأرض ببعض ما يخرج منها دون غيره مما يجوز في البيوع .

العاملُ جميعَ الأَرضِ ، ويبذرا الأَرضَ مِنْهُما ، فتكونَ الغلَّةُ بينَهما ، ولا يَرجِعُ أَحدُهما علىٰ الآخرِ بشيءٍ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُما متطوِّعٌ .

و[الثاني] : منها : أَنْ يكتريَ العاملُ نصفَ الأَرضِ أَو رُبعَها بدراهمَ في ذِمَّتهِ ، ثُمَّ يستأجرَ صاحبُ الأَرضِ العاملَ علىٰ عملِ نصفِ الأَرضِ ، أَو ثلاثةِ أَرباعِها ، بمثلِ تلكَ الدراهمِ في ذِمَّتهِ ، ثُمَّ يتقاصّا ، ويبذرا الأَرضَ بينَهُما .

و[الثالث] : منها : أَنْ يُكريَ صاحبُ الأَرضِ العاملَ نصفَ أَرضهِ بعملهِ وعملِ بقرِهِ علىٰ نصيبِهِ ، ويَبذرا الأَرضَ منهُما .

و[الرابعُ] : منها : أَنْ يُكريَ صاحبُ الأَرضِ العاملَ نصفَ أَرضهِ بنصفِ عملهِ ، ونصفِ عملِ بقرِهِ وآلتهِ ، مدَّةً معلومةً ، ويكونَ البَذرُ منْهُما .

فإِنْ أَرادَ أَنْ يكونَ البَذرُ مِنْ مالكِ الأَرضِ . . فإِنَّهُ يقولُ : أكتريتُ منكَ نصفَ منفعةِ بدنِكَ وآلتِكَ علىٰ العملِ في هٰذهِ الأَرضِ بنصفِ هٰذا البَذرِ ، وبنصفِ منفعةِ أَرضي ، مدَّةً معلومةً .

وإِنْ أَرادَ أَنْ يكونَ البَذرُ مِنَ العاملِ . . فإِنَّ رَبَّ الأَرضِ يقولُ : أَكريتُكَ نصفَ منفعةِ أَرضي مدَّةً معلومةً بنصفِ عملِ بدنِكَ وَآلتِكَ فيها ، وبنصفِ هٰذا البَذرِ .

إِلاَّ أَنَّ هاتينِ المسأَلتينِ تكونانِ بيعاً وإِجارَةً ، وفي ذٰلكَ قولانِ .

مسأَلَةٌ : [المزارعة تبعاً للمساقاة] :

وأَمّا إِذا كانَ لَهُ نخيلٌ أَو كَرْمٌ ، وبينَ النخلِ والكرمِ أَرضٌ بيضاءُ ، لا يمكنُ سقيُ النخلِ والكرمِ إِلاَّ بسقيِ الأَرضِ البيضاءِ التي بينَهُ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانتِ الأَرضُ البيضاءُ قليلاً ، والنخيلُ أَكثرَ منها . . جازَ أَنْ يساقيَهُ علىٰ النخيلِ ، ويزارعَهُ علىٰ الأَرضِ التي بينها ؛ لِمَا رَوىٰ ٱبنُ عمرَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ عاملَ أَهلَ خيبرَ علىٰ شطرِ ما يخرجُ منْها منْ ثمرٍ وزرعٍ)[1] ، ولأَنَّ الحاجةَ تدعُو إِلىٰ جوازِ

(١) أخرجه عن ابن عمر ـ بألفاظ متقاربة ـ البخاري (٢٢٨٥) في الإجارة ، وانظر أطرافه ، ومسلم (١٥٥١) (٥) في المساقاة . **شطر** : نصف .

هٰذهِ المُزارعةِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ سقيُ النخيلِ إلاَّ بسقيِ الأَرضِ التي بينَها .

فلو قُلنا : لا تجوزُ المُزارعةُ عليها . . لَلَزِمَ علىٰ العاملِ عملٌ لا يستحقُّ بهِ عوضاً .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ النخيلِ أَو الكرمِ ، وزارعتُكَ علىٰ الأَرضِ التي بينَها بالنصفِ . . جازَ .

وإنْ قالَ : عاملتُكَ علىٰ النخيلِ والأَرضِ بالنصفِ . . جازَ ؛ لأَنَّ لفظَ المعاملةِ يَشملُهما .

وَإِنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ النخيلِ والأَرضِ بالنصفِ . . لَمْ يَصِحَّ في الأَرضِ ؛ لأَنَّ المساقاةَ لا تتناولُ البياضَ ، وهلْ تبطلُ المساقاةُ في النخيلِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ تفريقِ الصَّفقةِ .

وإنْ قالَ : ساقيتُكَ علىٰ النخيلِ بثلثِ ثَمرتِها ، وزارعتُكَ علىٰ الأَرضِ التي بينَها بنصفِ ما يخرجُ منها . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ المُزارعةَ إِنَّما جازتْ هاهُنا تبعاً للنخلِ ، فإذا فاصلَ بينهُما في العِوَضِ . . لَمْ يَتْبعْ أَحدُهُما الآخرَ .

والثاني : يَصِحُّ ، **وهو الصحيحُ** ، ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » ، وٱبنُ الصبّاغِ غيرَهُ ، كمَا لَوْ ساقاهُ علىٰ بستانٍ فيهِ أَنواعٌ مِنَ الثمرةِ ، وجعلَ لَهُ مِنْ كلِّ نوعٍ نصيباً ، وفاضلَ بينَ الأَنصباءِ .

وإِنْ عقدَ المزارعةَ ، ثُمَّ عقدَ المُساقاةَ . . لَمْ تَصِحَّ المُزارعةُ ؛ لأَنَّها إِنَّما أُجيزتْ تبعاً للمُساقاةِ ، فلا تتقدَّمُ علىٰ المُساقاةِ .

وإِنْ عقدَ المُساقاةَ علىٰ النخلِ ، ثُمَّ عقدَ المُزارعةَ علىٰ الأَرضِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ المُزارعةُ ؛ لأَنَّها إِنَّما أُجيزتْ تبعاً للمُساقاةِ علىٰ النخيلِ ، فإذا أَفردَها بالعقدِ . . لَمْ تَصِحَّ ، كما لو باعَ الثمرةَ قبلَ بدُوِّ الصلاحِ ، مِنْ غيرِ شرطِ القطعِ منفردةً عَنِ الشجرِ .

والثاني : تَصِحُّ ؛ لأَنّا إِنَّما جوَّزنا المُزارعةَ ؛ لأَنَّهُ لاَ يمكنُ سقيُ النخيلِ إلاَّ بسقيِ ما بينَها مِنَ الأَرضِ ، وهٰذا المعنىٰ موجودٌ وَإِنْ عُقدتِ المُزارعةُ بعدَ المُساقاةِ .

وإنْ كانَ بياضُ الأَرضِ الذي بينَ النخيلِ أكثرَ مِنَ النخيلِ . . فهلْ تصحُّ المُزارعةُ عليهِ تبعاً للنخيلِ ؟ فيهِ وجهانِ :

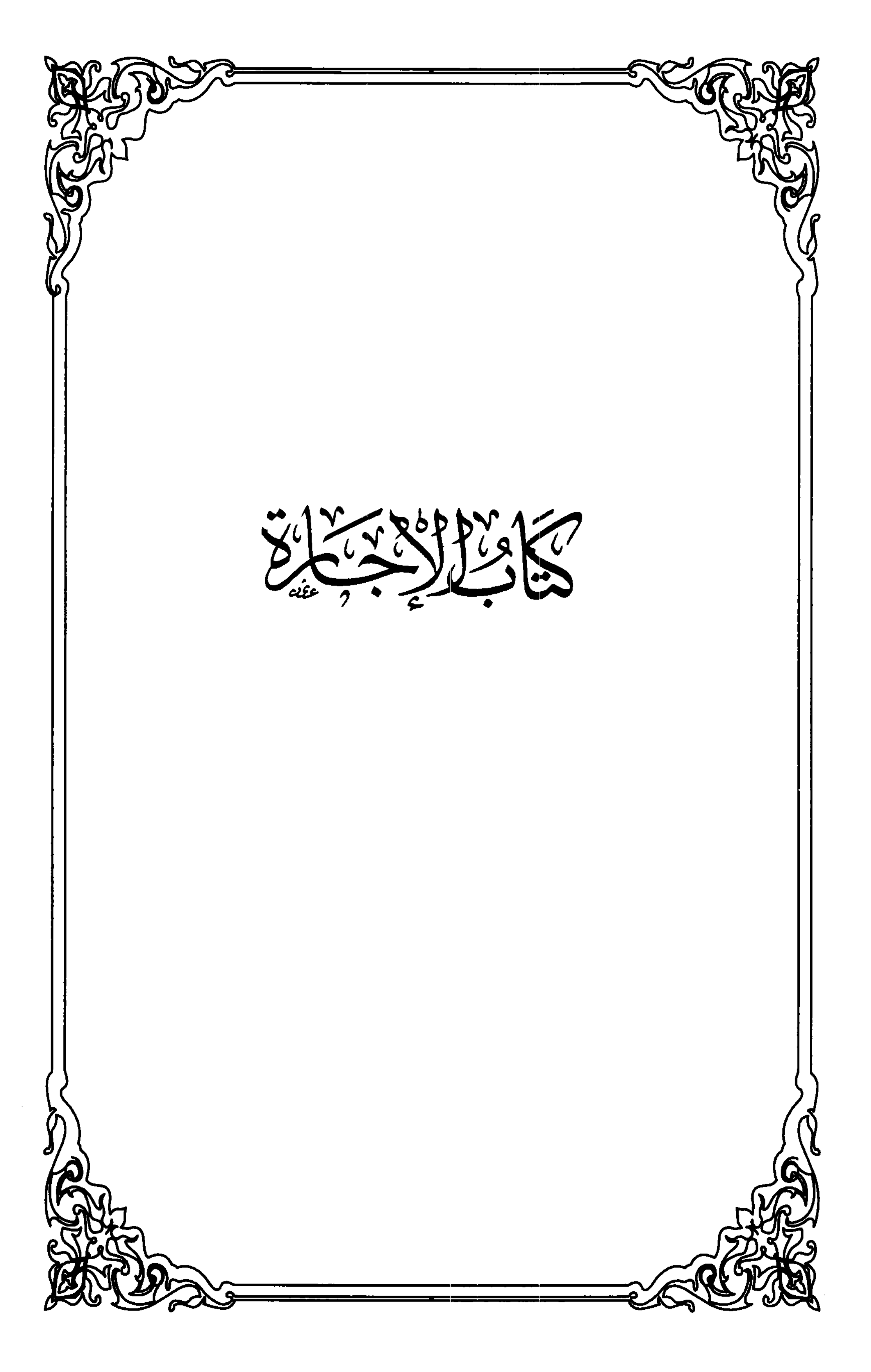
أَحدُهما : تَصِحُّ ؛ لِمَا ذكرناهُ مِنَ المعنىٰ ، وهو : أنَّهُ لا يمكنُهُ سَقيُ النخيلِ إلاَّ بسقيِ ما بينَها مِنَ الأَرضِ .

والثاني : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ المُزارعةَ إنَّما صحَّتْ تبعاً للنخيلِ ، والكثيرُ لا يتبعُ القليلَ ، وإنَّما القليلُ يتبعُ الكثيرَ .

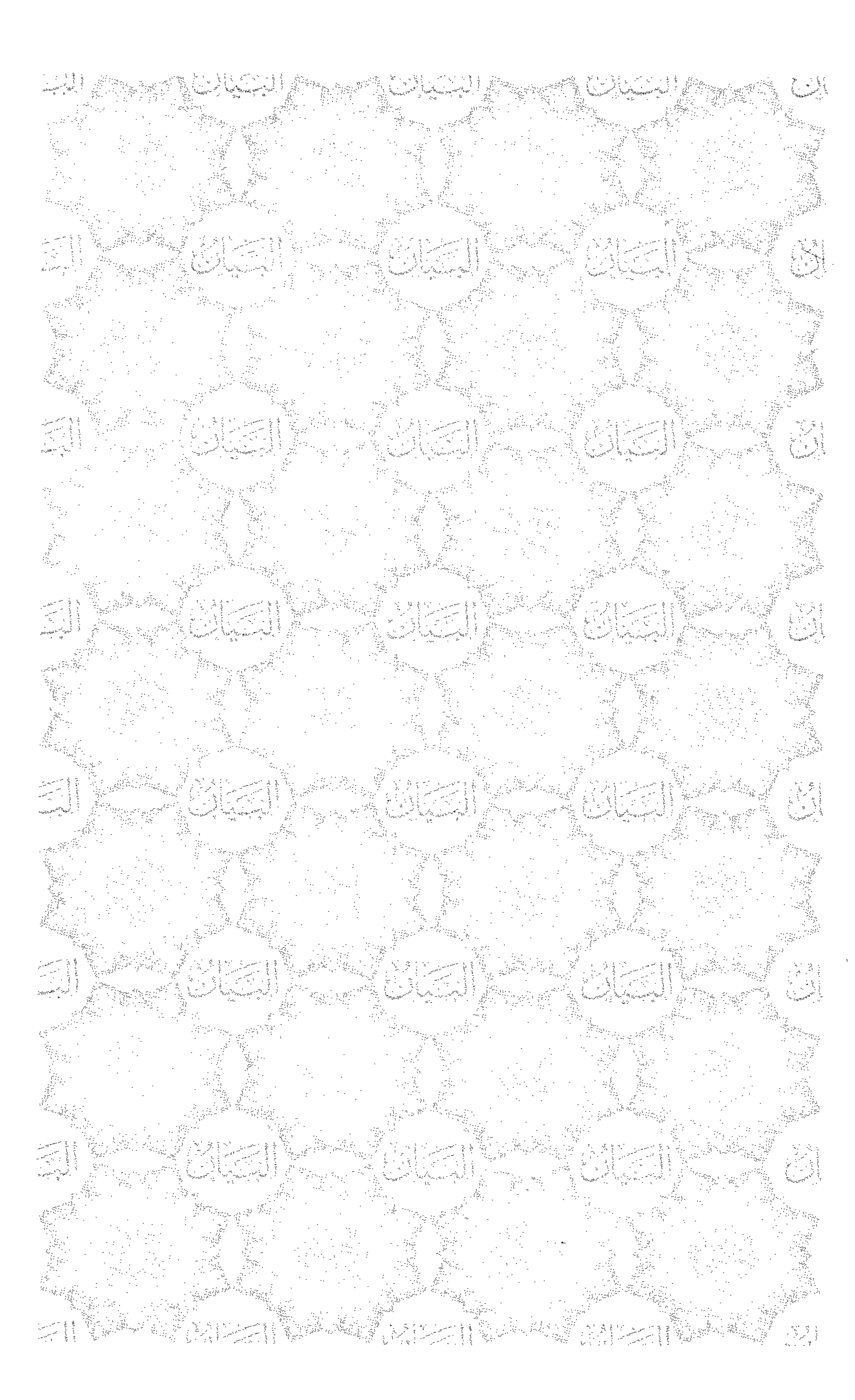
إذا ثبتَ هٰذا : فكلُّ موضعٍ صحَّحنا فيهِ المُزارعةَ ، فإنَّ البَذرَ يكونُ مِنْ رَبِّ الأَرضِ ، ويكونُ مِنَ العاملِ العملُ ، كالنخلِ في المُساقاةِ .

وَباللهِ التوفيقُ

* * *



كتاب الإجارة



كتاب الإجارة(١)

وهيَ مشتقَّةٌ مِنَ الأَجرِ ، وهوَ الثوابُ .

تقولُ : أَجَّركَ اللهُ ، أَي : أَثَابكَ اللهُ ، فكأَنَّ الأُجرةَ عِوضُ عملهِ ، كما أَنَّ الثوابَ عوضُ عملهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فيجوزُ عقدُ الإجارةِ علىٰ المنافعِ المباحةِ ، مثلِ : أَنْ يؤاجرَ نفسَهُ أَو عبدَهُ للخدمةِ ، أَو دارَهُ للسُّكنىٰ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ، **وبهِ قالَ عامَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ عبدُ الرَّحمٰنِ الأَصمُّ ، والقاسانيُّ : لا تَصِحُّ الإجارةُ ؛ لأَنَّها غَرَرٌ .

ودليلُنا : الكتابُ ، والسُّنَّةُ ، والإجماعُ ، والقياسُ .

أَمّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] .

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولَو لَمْ يكنْ في الإجارةِ إلاَّ هٰذا . لكفىٰ) . وذٰلكَ :

---

(١) **الإجارة** ـ بكسر الهمزة في المشهور ، وحكىٰ ابن سيده ضمها ، وذكر ابن بطال فتحها ـ **وفي اللغة** الأجر : الكراء والثواب ، ومعنىٰ الثواب : العوض ، وجزاء العمل ـ والمستأجر يثبت للمؤجر عوضاً بدل المنافع ، يقال : أجرت داري ومملوكي غير ممدود ، وآجرت ممدود . قال المبرد : والأول أكثر . وقال الأخفش : من العرب من يقول : آجرت غلامي آجراً ، فهو مأجور ، وأجَّرته إيجاراً ، فهو مؤجر ، وأجرته علىٰ فاعلته ، فهو مؤاجر ـ ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ [النساء : ٧٤] ، ومنه الصداق قال تعالىٰ : ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء : ٢٤] ، وقال عز شأنه : ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ﴾ [القصص : ٢٧] أي : تجعل مهر ابنتي رعيك غنمي ثماني حجج بدلاً عن بضعها .

وشرعاً : عقد علىٰ منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم . والمعنىٰ الجامع بينهما : أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به ماله فيما لحقه من كدٍّ فيما عمله .

وأركانها أربعة : عاقدان ، وصيغة ، وأجرة ، ومنفعة .

وحكمة مشروعيتها : أنَّ الحاجة إلىٰ المنافع كالحاجة إلىٰ الأعيان .

أَنَّ اللهَ تعالىٰ ذَكرَ : أَنَّ المطلَّقةَ إذا أَرضعتْ وَلدَ زوجِها . . فإِنَّهُ يعطِيها أجرَها ، والأُجرةُ لا تكونُ إلاَّ في إِجارةٍ ، والرَّضاعُ غررٌ ؛ لأَنَّ اللَّبنَ قد يقِلُّ وقد يكثرُ ، وقد يكونُ الصبيُّ يشربُ مِنَ اللَّبنِ قليلاً ، وقدْ يشربُ منَ اللَّبنِ كثيراً ، وقد أَجازَهُ اللهُ تعالىٰ .

ويَدلُّ علىٰ صحَّتِها : قولُه تعالىٰ ـ في قصَّةِ موسىٰ وشعيبٍ ـ : ﴿ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ۝ قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ﴾ [القصص : ٢٦ـ٢٧] . فلولا أَنَّ الإِجارةَ كانتْ جائزةً في شرعِهم . . لمَا قالتْ : ﴿ يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ﴾ ، ولأنكرَ عليها شعيبٌ ، وأَيضاً فإِنَّه قالَ : ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ﴾ . فجعلَ المنفعةَ مهراً[١] .

وقولُه تعالىٰ ـ في قصَّةِ الخضرِ وموسىٰ ـ : ﴿ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ [الكهف : ٧٧] .

وأَمَّا السنَّةُ : فروىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « أَعْطُوا ٱلأَجِيْرَ أَجرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ »[٢] .

وروىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنِ ٱسْتَأْجَرَ أَجِيْراً . . فَلْيُبَيِّنْ لَهُ ٱلأُجْرَةَ »[٣] .

---

(١) روىٰ عن عتبة بن النُّدَّر ابن ماجه (٢٤٤٤) قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ ﴿طسٓمٓ﴾ حتىٰ إذا بلغ قصة موسىٰ قال : « إنَّ موسىٰ ﷺ أجر نفسه ثماني سنين أو عشراً علىٰ عفة فرجه وطعام بطنه » . قال في « الزوائد » : إسناده ضعيف .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة أبو يعلىٰ في « المسند » (٦٦٨٢) ، والبيهقي من طرق في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٢٠ و ١٢١) في الإجارة ، باب : إثم من منع الأجير أجره . وله شواهد :

فعن ابن عمر أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣) في الرهون . قال في « الزوائد » : إسناده ضعيف .

وعن جابر رواه الطبراني في « الصغير » (٣٤) ، وذكره الهيثمي في « المجمع » (٤/ ١٠١) وقال : رواه الطبراني في « الأوسط » ، وفيه شرقي بن قطامي ، وهو ضعيف . قال المُناوي في « فيض القدير » (١/ ٥٦٣) : وبالجملة فطرقه لا تخلو من ضعيف ، لكن بمجموعها يصير حسناً .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٠٢٣) في البيوع ، والبيهقي في « السنن=

ورُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « قَالَ رَبُّكُمْ : ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ ، وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ : رَجُلٌ أَعْطَىٰ فِيَّ عهداً ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ ٱسْتَأْجَرَ أَجِيْراً فَٱسْتَوفَىٰ عَمَلَهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أُجْرَتَهُ »[١] .

وروتْ عائِشةُ رضيَ اللهُ عنها : (أَنَّ النبيَّ ﷺ وَأَبا بكرٍ ٱستأجرا رجلاً خِرِّيتاً عالماً بالهدايةِ)[٢] . وَالخِرِّيتُ : الدَّليلُ .

وروِيَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ ٱحتجمَ وَأَعطىٰ الحجَّامَ أُجرتَهُ)[٣] .

وأَمَّا الإِجماعُ[٤] : فروِيَ عَنْ عليِّ بنِ أَبي طالبٍ كرَّمَ اللهُ وجهَهُ : (أَنَّهُ أَجَّرَ نَفسَهُ

= الكبرىٰ » (٦/ ١٢٠) في الإجارة ، باب : لا تجوز الإجارة حتىٰ تكون معلومة . وفي الباب : عن أبي سعيد موقوفاً النسائي في « الصغرىٰ » (٣٨٥٧) في المزارعة ، ومرفوعاً عند عبد الرزاق (١٥٠٢٤) أيضاً ، وفيه لفظ : « من ٱستأجر أجيراً . . فليسمِّ له » ، و : « . . ومن استأجر أجيراً . . فليعلمه أجره » ، و : (وإذا استأجرت أجيراً . . فأعلمه أجره) . وذكره الزيلعي في « نصب الراية » (٤/ ١٣١) فانظره .

(١) رواه عن أبي هريرة البخاري (٢٢٢٧) في البيوع و(٢٢٧٠) في الإجارة ، وابن ماجه (٢٤٤٢) في الرهون ، بلفظ : « قال الله تعالىٰ : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجلٌ أعطىٰ بي ثم غدر ، ورجل باع حرّاً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفىٰ منه ولم يعطه أجره » . قال في « الفتح » (٤/ ٤٨٨) : « ومن كنت خصمَه خصمته » . قال الحافظ عنها : هي من زيادة ابن خزيمة ، وابن حبان ، والإسماعيلي في الحديث .

وقال ابن التين : هو سبحانه وتعالىٰ خصم لجميع الظالمين ، إلا أنه أراد التشديد علىٰ هؤلاء الثلاثة بالتصريح . **الخصم** : يطلق علىٰ الواحد فأكثر . **ولم يعطه أجره** : لأنه استوفىٰ منفعته بغير عوض ، فكأنه أكلها ، والاستخدام بغير أجرة كالاستعباد .

(٢) أخرجه عن السيدة عائشة البخاري (٢٢٦٤) في الإجارة . قال في « الفتح » (٤/ ٥١٨) : واستنبط من هٰذه القصة : جواز إجارة الدار مدة معلومة قبل مجيء أول المدّة . وهو مبني علىٰ صحة الأصل ، فيلحق به الفرع ، والله أعلم .

(٣) أخرجه عن الحبر ابن عباس البخاري (٢٢٧٨) في الإجارة ، ومسلم (١٥٧٧) (٦٥) في المساقاة .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٤٦) : وأجمعوا علىٰ أن الإجارة ثابتة . وفي « رحمة الأمة » (ص/ ٣٤٤) : الإجارة ـ جائزة عند كافة أهل العلم ، وأنكر ابن علية جوازها ، وعقدها لازم من الطرفين ، ليس لأحدهما بعد عقدها الصحيح فسخها ولو لعذر . . .

ليهوديٍّ يَستقي لَهُ الماءَ كلَّ دلوٍ بتمرةٍ)[١] .

ورُوِيَ : أَنَّ ٱبنَ عمرَ ، وٱبنَ عبّاسٍ قالا في قولِهِ تعالىٰ : ﴿لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّكُمۡ﴾ [البقرة : ١٩٨] : (هوَ أَنْ يحجَّ الرجلُ وَيُؤَاجرَ نفسَهُ)[٢] .

ورُوِيَ : (أَنَّ عبدَ الرَّحمنِ بنَ عوفٍ ٱستأجرَ أَرضاً ، فبقيتْ في يدِهِ إِلىٰ أَنْ ماتَ ، فقالَ أَهلُهُ : كُنّا نَرىٰ أَنَّها لَهُ حتّىٰ وَصّى بها ، وذَكَرَ : أَنَّ عليهِ شيئاً مِنْ أُجرتِها)[٣] .

وما رُوِيَ خلافُ ذٰلكَ عَنْ أَحدٍ مِنَ الصحابةِ .

وأَمّا القياسُ : فلأَنَّ المنافعَ كالأَعيانِ ، فَلمّا جازَ عقدُ البيعِ علىٰ الأَعيانِ . . جازَ عقدُ الإِجارةِ علىٰ المنافعِ .

مسأَلةٌ : [لا أجرة علىٰ المنفعة المحرَّمة] :

ولا تجوزُ الإِجارةُ علىٰ المنافعِ المحرَّمةِ ، مثلُ : أَنْ يَستأجرَ رجلاً ليحملَ لَهُ خمراً لغيرِ الإِراقةِ .

---

(١) رواه عن ابن عباس رضي الله عنهما البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/١١٩) في الإجارة ، وفيه : (أصاب نبيَّ الله ﷺ خصاصة ، فبلغ ذٰلك علياً رضي الله عنه ، فخرج يلتمس عملاً ليصيب منه شيئاً يبعث به إلىٰ نبي الله ﷺ ، فأتىٰ بستاناً لرجل من اليهود ، فاستقىٰ له سبعة عشر دلواً ، كلَّ دلوٍ بتمرة ، فخيره اليهودي من تمرة إلىٰ سبعَ عشرة تمرة عجوة ، فجاء بها إلىٰ نبي الله ﷺ ، فقال : « من أين هٰذا يا أبا الحسن ؟ » قال : بلغني ما بك من الخصاصة ، فخرجت ألتمس عملاً لأصيب لك طعاماً ، قال : « فحملك علىٰ هٰذا حب الله ورسوله ؟ » قال علي : نعم يا نبي الله ، فقال نبي الله ﷺ : « والله ما من عبد يحب الله ورسوله إلا الفقر أسرع إليه من جرية السيل علىٰ وجهه ، من أحب الله ورسوله فليُعِدَّ تجفافاً » يعني : الصبر علىٰ ضيق العيش) .

(٢) أخرج خبر ابن عمر رضي الله عنهما البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/١٢١) في الإجارة بنحوه ، ويدل علىٰ خبر ابن عباس رضي الله عنهما ما روىٰ البخاري (١٧٧٠) في الحج قال : (كان ذو المجاز وعكاظ متجر الناس في الجاهلية ، فلما جاء الإسلام . . كأنهم كرهوا ذٰلك حتىٰ نزلت الآية من سورة البقرة) .

(٣) أخرجه عن مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف استأجر أرضاً البيهقيُّ في « السنن الكبرىٰ » (٦/١١٩) في الإجارة ، باب : جواز الإجارة .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : قولُهُ عليهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ : « لَعَنَ ٱللهُ ٱلْخَمْرَةَ وَحَامِلَهَا » . وإذا كانَ حملُها محرَّماً . قُلنا : منفعتُها محرَّمةٌ ، فلَمْ يَجُزْ أَخذُ العِوَضِ عليها ، كالمَيْتَةِ ، والدَّمِ .

وإنِ ٱستأْجرَهُ علىٰ حملِ خمرٍ لإراقتِها . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : صحَّتِ الإجارةُ ؛ لأنَّ إِراقتَها واجبةٌ .

فرعٌ : [الإجارة لما فيه نفع] :

ذَكرَ الصَّيدلانيُّ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ في « حرملة » : (يجوزُ الاستِئجارُ علىٰ كنسِ الخلاءِ ؛ لأَنَّها تقعُ علىٰ منفعةٍ وَإِنْ كانَ بإِخراجِ نجاسةٍ ، فصحَّتْ كالحجامةِ) .

قالَ الشافعيُّ : (وإِنِ ٱستأجرَهُ لطرحِ بهيمةٍ ماتتْ بجلدِها . . لَمْ تَصِحَّ الإجارةُ ؛ لأنَّ جِلدَها لا يجوزُ أَنْ يكونَ ثمناً ، فلَمْ يَجُزْ أَنْ يكونَ أُجرةً ، فإِنْ رافعَهُ إِلىٰ الحاكمِ ، فإِنْ كانَ قبلَ العملِ . . فلا شيءَ لهُ ، وإِنْ كانَ بعدَ العملِ . . ٱستحقَّ أُجرةَ المثلِ ؛ لأَنَّهُ عمِلَ بعِوَضٍ لَمْ يُسلَّمْ لهُ) .

فإِنْ كانَ الأَجيرُ قَدْ سلخَ الجلدَ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : رَدَّهُ إِليهِ ؛ لأنَّ يدَ مالكِ الشاةِ مقرَّةٌ عليهِ ، ولهُ ٱستصلاحُهُ .

فرعٌ : [استئجار الكلاب] :

وهلْ يجوزُ ٱستئجار الكلابِ المعلَّمةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجوزُ ؛ لأنَّ منفعتَها مباحةٌ ، فجازَ ٱستئجارُها ، كسائرِ المنافعِ المباحةِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لا يجوزُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّها منفعةٌ غيرُ مملوكةٍ ، وإِنَّما أُبيحتْ لِلحاجةِ ، كالمَيْتةِ للمضطرِّ .

والدليلُ علىٰ أَنَّها غيرُ مملوكةٍ : أَنَّها لا تُضمَنُ بالغصبِ ، وكلُّ منفعةٍ لا تُضمَنُ بالغصبِ ، لا يَصِحُّ الاستئجارُ عليها .

فإنِ ٱستأْجرَ بيتاً ليتَّخذَهُ بيتَ نارٍ ، أَو كنيسةً ، أَو ليبيعَ فيهِ الخمرَ . . لَمْ تَصِحَّ الإِجارةُ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ فِعلٌ محظورٌ ، فلا يجوزُ الاستئجارُ عليهِ ، كما لَوِ ٱستأْجرَ ٱمرأَةً ليزنيَ بِها .

وإنِ ٱستأْجرَ داراً أَو بيتاً ليتَّخذَهُ مسجداً ليصليَ فيهِ . . صحَّتِ الإجارةُ ، وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُ عقدُ الإِجارةِ بذٰلكَ ؛ لأنَّ فِعلَ الصلاةِ لا يجوزُ ٱستحقاقُهُ بعقدِ الإِجارةِ بحالٍ ، فلا تجوزُ الإِجارةُ لهُ ، كمَا لَوِ ٱستأْجرَ ٱمرأَةً ليزنيَ بِها) . وهٰذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ ذٰلكَ فعلٌ جائزٌ ، فجازَ الاستئجارُ لَهُ ، كالخياطةِ . وما ذكروهُ . . فلا يَصِحُ ؛ لأنَّ الصلاةَ لا تدخُلُها النيابةُ ، فلا ينتفعُ بها المستأجرُ ، بخلافِ المسجدِ ، ويُفارِقُ الزِّنا ، فإِنَّهُ فعلٌ محظورٌ .

فرعٌ : [لا يستأجر الفحل للضِّراب] :

ولا تجوزُ إِجارةُ الفحلِ للضِّرابِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (يجوزُ) وبهِ قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ مِنْ أَصحابِنا ؛ لأَنَّها منفعةٌ تستباحُ بالإِعارةِ ، فٱستُبيحتْ بالإِجارةِ ، كسائرِ المنافعِ .

والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنْ عَسْبِ الفحلِ) ، وبعضهمْ يرويهِ : (عن ثمنِ عَسْبِ الفحلِ) . وقدِ ٱختُلِفَ في العَسْبِ :

فقالَ الأُمويُّ ، وأَبو عُبيدٍ [في « غريبِ الحديثِ » ١/ ١٥٤] : هوَ الكراءُ الذي يُؤخذُ علىٰ ضِرابِ الفحلِ ، يقالُ : عَسَبْتُ الرَّجُلَ أَعْسِبُهُ عَسْباً : إِذا أَعطيتَهُ الكِراءَ علىٰ ذٰلكَ ، وعلىٰ هٰذا تحملُ روايةُ مَن روىٰ : (ثمنِ عسبِ الفحلِ) ، أَي : عَنْ كِراءِ الفحلِ .

وقالَ بعضُ أَهلِ اللُّغةِ : العَسْبُ : هوَ الضِّرابُ نفسُهُ ؛ لقولِ الشاعرِ ، وذَكرَ قوماً أَسَروا لهُ عبداً ، فرماهُم بهِ :

فلـــولا عَسْبُـــهُ لتـــركتُمـــوهُ وَشـــرُّ منيحـــةٍ عَسْـــبٌ معـــارُ[1]

ويُروىٰ :

فلـــولا عَسْبُـــهُ لـــرددتمـــوهُ وَشـــرُّ منيحـــةٍ هنـــهٌ معـــارُ

وعلىٰ هٰذا تُحملُ روايةُ مَنْ روىٰ : (عَنْ ثمنِ عَسْبِ الفحلِ) ، ولأنَّ ذٰلكَ لا يُقدَرُ علىٰ تسليمِهِ ؛ لأنَّهُ متعلِّقٌ باختيارِ الفحلِ وَشهوتهِ .

فإنِ ٱستعارَ مِنْ رجلٍ فحلاً ، وأَعطاهُ هديّةً أَو كرامةً . . جازَ لمالكِ الفحلِ قَبولُها .

وقالَ أَحمدُ : (لا يجوزُ ؛ لأنَّ ما مُنعَ مِنْ أَخذِ الأُجرةِ عليهِ . . لا يجوزُ قَبولُ الهديَّةِ لأَجلهِ ، كمهرِ البَغيِّ ، وحُلوانِ الكاهنِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ هديَّةٌ لأَجلِ منفعةٍ مباحةٍ ، فجازَ أَخذُها ، كالهديَّةِ للحجّامِ ، وأَمّا البغيُّ وَالكَهَانةُ : فهُما شيئانِ محظورانِ ، فلَمْ يَجُزْ أَخذُ الهديَّةِ لأَجلِهما .

فرعٌ : [استئجار الأموال] :

ولا يجوزُ ٱستئجارُ الدَّراهمِ والدنانيرِ ليتَّجرَ بِها ؛ لأنَّهُ لا يُمكنُ التجارةُ بِها إلاَّ بإتلافِها ، والإِجارةُ لا تَصِحُّ إلاَّ في عينٍ يُمكنُ الانتفاعُ بِها معَ بقاءِ عينِها . وهلْ تَصِحُّ إِجارتُها ليُجمِّلَ بِها الدكّانَ ، ويترُكَها التاجرُ في يدِهِ ، ويقلِّبَها ليأمنَهُ الناسُ ويعاملوهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّها منفعةٌ مباحةٌ يُمكنُ ٱستيفاؤُها معَ بقاءِ العينِ ، فهيَ كسائرِ المنافعِ .

---

(١) البيت من بحر الوافر لزهير ، وهو عند أبي عبيد في « غريب الحديث » (١/ ١٥٥) ، وابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٧٧٣) ولفظه عنده :

ولـــولا عسْبُـــهُ لـــرددتمـــوهُ وشـــر منيحـــةٍ فحـــلٌ مُعـــارُ

وقال : ومنه قول كُثيِّر من الطويل :

يغـــادرن عسْـــب ٱلـــوالِقـــي ونـــاصـــحٍ تخـــصُّ بـــهِ أمُّ ٱلطـــريـــقِ عيـــالَهـــا

يصف خيلاً وأنها أزلفت ما في بطونها من أولادها تعباً .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّها منفعةٌ لا تُضمنُ بالغصبِ ، فلَمْ يَصِحَّ الاستئجارُ عليها كوطءِ الأَمةِ ، وما ذَكرهُ الأَوَّلُ . . يبطلُ بالطعامِ ، فإِنَّ الطعامَ يَتجمَّلُ بهِ الحنّاطُ بتركهِ في دكّانهِ ليعاملَهُ الناسُ ، ومعَ هٰذا فلا يَصِحُّ إجارتُهُ لذٰلكَ . وهلْ يَصِحُّ ٱستئجارُ الطعامِ ليُعايرَ بهِ الكيّالُ المكاييلَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمريُّ .

فرعٌ : [استئجار البستان للثمرة] :

وإِنِ ٱستأجرَ بستاناً لأَخْذِ ثَمرتِهِ ، أَوِ ٱستأجرَ موضعاً ليَرعىٰ فيهِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الثمرةَ والمراعيَ أَعيانٌ ، فلا تستباحُ بعقدِ الإِجارةِ .

وإِنِ ٱستأْجرَ بستاناً لينظرَ إِليهِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ يملكُ النظرَ إِليهِ مِنْ غيرِ إِذنِ صاحبِهِ ، فبَذْلُ المالِ في ذٰلكَ سَفَهٌ ، فلَمْ يَصِحَّ .

وإِنِ ٱستأجرَ أَشجاراً لِيُجفِّفَ عليها الثيابَ ، أو ليشدَّ عليها حبلاً يُجفِّفُ عليهِ الثيابَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّها منفعةٌ غيرُ مقصودةٍ .

والثاني : يَصِحُّ ؛ لأَنَّها منفعةٌ مباحةٌ ، فَهيَ كسائرِ المنافعِ .

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : وَكذٰلكَ الوجهانِ فيمَنِ ٱستأجرَ شجراً للاستظلالِ بهِ ، ولعلَّهُ أَرادَ : إِذا كانَ قعودُ المستظِلِّ في مِلكِ صاحبِ الشجرِ ، فأَمّا إذا كانَ قعودُهُ في مِلكهِ ، أَو في موضعٍ مباحٍ ، بأَنْ يكونَ الشجرُ يجاورُهُ بِملكهِ ، أَو بموضعٍ مباحٍ ، وظلُّها فيهِ . . فلا يَصِحُّ ٱستئجارُهُ لذٰلكَ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ يملكُ القعودَ في ظِلِّها مِنْ غيرِ إِذنِ صاحبِ الشجرةِ ، وبذلُ المالِ فيهِ مِنْ أَكلِ المالِ بالباطلِ .

ولَو قيلَ : إِذا كانَ قعودُ المستظِلِّ في مِلكِ صاحبِ الشجرةِ . . صحَّتِ الإِجارةُ ، وجهاً واحداً ، كما لَوِ ٱستأجرَ منهُ بيتاً ليستظِلَّ فيهِ . . لَمْ يَكُنْ بعيداً .

وإِنِ ٱستأجرَ حبلاً لِيُجفِّفَ عليهِ الثيابَ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : صَحَّ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ منفعةٌ مقصودةٌ منهُ .

فرعٌ : [ٱستئجار الكتب] :

وإنِ ٱستأجرَ كِتاباً فيهِ قُرآنٌ ، أَو فِقهٌ ، أَو طِبٌّ ، أَو شِعرٌ مباحٌ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ليقرأَ فيهِ . . صَحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ ، كما لا يَصِحُّ أَنْ يستأجرَ سقفَ بيتٍ فيهِ تصاويرُ لينظرَ إليها) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا منفعةٌ مباحةٌ ، فجازَ عقدُ الإجارةِ عليها ، كلُبسِ القميصِ ، وأَمّا النظرُ إلىٰ السقفِ وَالتصاويرِ : فليسَ بمقصودٍ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإنْ كانَ النظرُ إلىٰ السقفِ شيئاً مقصوداً مباحاً . . جازَ ٱستئجارُهُ لذٰلكَ أَيضاً .

فرعٌ : [ٱستئجار حائطٍ لأجلِ وضع خُشُبه] :

فإنِ ٱستأجرَ حائِطاً ليضعَ عليهِ خُشُباً معلومةً ، مدَّةً معلومةً . . صحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذهِ منفعةٌ مقصودةٌ مقدورٌ علىٰ ٱستيفائِها ، فصحَّتِ الإجارةُ عليها ؛ كما لَوِ ٱستأجرَ سطحاً لِيَنامَ عليهِ ، أَو ثوباً[1] ليلْبَسَهُ .

فرعٌ : [الاستئجار لاستيفاء القصاص] :

وإنِ ٱستأجرَ رجلاً يستوفي لَهُ القِصاصَ في الطرفِ ، أَو في النفسِ . . صَحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ في النفسِ ؛ لأَنَّ عددَ الضربِ مجهولٌ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا حقٌّ يجوزُ التوكيلُ في ٱستيفائِهِ ، فجازَ عقدُ الإجارةِ عليهِ ، كالقصاصِ في الطرَفِ ، وَتكونُ الأُجرةُ هيَ علىٰ المُقتَصِّ مِنْهُ .

---

(١) في (م) : (قميصاً) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (هيَ تكونُ علىٰ المقتَصِّ لَهُ) .

دليلُنا : أَنَّها أُجرةٌ تجبُ لإيفاءِ حقٍّ ، فكانتْ علىٰ الموفي ، كأُجرةِ الكيّالِ والوزّانِ ، وذٰلكَ : أَنَّهُ إذا باعَ عشرةَ أَقفزةٍ من صُبرةٍ ، أَو عَشرةَ أَرطالٍ مِنْ ظرفِ سمنٍ . . فإنَّ الكيلَ يجبُ علىٰ البائعِ ، وأُجرةَ الكيّالِ عليهِ . وإنْ باعَهُ صُبرةً ، أَو سَمْناً في ظرفٍ ، فأَرادَ المشتري أَنْ يعرفَ كيلَها ، أَو وزنَهُ . . فإنَّ أُجرةَ الكيّالِ والوزّانِ عليهِ . وكذٰلكَ : أُجرةُ النقّادِ إنْ باعَهُ بدنانيرَ معيَّنةٍ . . فأُجرةُ ناقدِ الدنانيرِ علىٰ البائعِ . وإنْ باعَهُ بدنانيرَ في الذمَّةِ . . فأُجرةُ ناقِدِها للقبضِ علىٰ المشتري ؛ لأَنَّ الإِيفاءَ واجبٌ عليهِ .

فرعٌ : [الاستئجار للبيع والشراء] :

إذا ٱستأَجرَ رجلاً ليبيعَ لَهُ ثوباً بعينهِ . . صَحَّتِ الإجارةُ ، وإنِ ٱستأجرَهُ ليشتريَ لَهُ ثوباً بعينهِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لَمْ تَصِحَّ الإجارةُ عندي .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ البيعَ في العادةِ ممكنٌ ؛ لأَنَّهُ لا يَنتفي الراغبُ فيهِ أَصلاً ، وأَمّا الشراءُ بشيءٍ معيَّنٍ : فلا يكونُ إلا مِنْ واحدٍ ، وقد يبيعُ ، وقد لا يبيعُ ، فلا يمكنُ تحصيلُ العملِ بحكمِ الظاهرِ .

وإنِ ٱستأجرَهُ لشراءِ شيءٍ ، ووصفَهُ ، ولَمْ يعيِّنْهُ . . جازَ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ يمكِنُهُ شراؤُهُ .

فرعٌ : [ٱستئجار الكافر المسلم] :

وإنِ ٱستأجرَ الكافرُ مسلماً . . نظرتَ :

فإنِ ٱستأْجرَهُ لعملٍ في ذِمَّتهِ . . صَحَّ ؛ لأَنَّهُ لا صَغارَ عليهِ في ذٰلكَ .

وإنِ ٱستأجرَهُ لعملٍ مقدَّرٍ ، في زمانٍ معلومٍ . . ففيهِ طريقانِ :

[الأول] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في جوازِ شراءِ الكافرِ للمسلمِ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ ٱستيلاءً عليهِ وصَغاراً ، كالمِلكِ .

و [الثاني] : منهمْ مَنْ قالَ : يَصِحُّ ، قولاً واحداً ؛ لِما ذكرناهُ مِنْ حديثِ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ ، ولأَنَّ ذٰلكَ عملٌ في مقابلةِ عِوَضٍ ، فأَشبهَ العملَ في ذِمَّتهِ ، ويخالفُ المِلكَ ؛ لأَنَّهُ يقتضي تسلُّطاً وٱستدامةَ مِلكهِ عليهِ .

مسأَلةٌ : [من يملك الإجارة ، وبمَ تنعقد؟] :

ولا تَصِحُّ الإجارةُ إلاَّ مِنْ جائزِ التصرُّفِ في المالِ ؛ لأَنَّهُ تصرُّفٌ في المالِ ، فهوَ كالبيعِ .

وتنعقدُ الإجارةُ بلفظِ الإجارةِ ؛ لأَنَّهُ لفظٌ موضوعٌ لَهُ ، وهلْ تنعقِدُ بلفظِ البيعِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تنعقدُ ؛ لأَنَّهُ تمليكٌ يَتَقَسَّطُ العِوَضُ فيهِ علىٰ المُعَوَّضِ ، فٱنعقدَ بلفظِ البيعِ ، كالصَّرفِ ينعقدُ بلفظِ البيعِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ النكاحِ ، فإنَّهُ لا ينعقدُ بلفظِ البيعِ ؛ لأَنَّهُ لا يَتَقَسَّطُ العِوَضُ فيهِ علىٰ المعوَّضِ .

والثاني : لا ينعقدُ ؛ لأَنَّ البيعَ يخالفُ الإجارةَ في الاسمِ وَالحكمِ ، فلَمْ تنعقدِ الإجارةُ بلفظهِ ، كالنكاحِ .

وإذا عُقِدتِ الإجارةُ علىٰ عينٍ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيما يتناولُهُ عقدُ الإجارةِ :

فقالَ أَبو إسحاقَ : إنَّ العقدَ يتناولُ العينَ ، ولهٰذا يقولُ : أَجَّرتُكَ دَاريَ .

وقالَ أَكثرُ أَصحابِنا : إنَّ العقدَ يتناوَلُ المنفعةَ دونَ العينِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ الأُجرةَ في مقابلةِ المنفعةِ .

ولهٰذا : إذا قبضَ المستأجرُ العينَ . . ضَمِنَ المنفعةَ دونَ العينِ ، وما كانَ العِوضُ في مقابلَتهِ . . فهوَ المعقودُ عليهِ ، وقولُهُ : (أَجَّرتُكَ داريَ) معناهُ : منفعةَ داري ، ولو قالَ : أَجَّرتُكَ منفعةَ داري . . صَحَّ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ منافعَ العينِ المستأجرةِ تحدثُ علىٰ مِلكِ المستأجِرِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (المنفعةُ تحدثُ علىٰ مِلكِ المؤاجرِ ، ولا يملِكُها المستأجِرُ بالعقدِ) .

ودليلُنا : أَنَّ منافعَ الأَعيانِ كالأَعيانِ الموجودةِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يجوزُ العقدُ عليها ، كما يجوزُ العقدُ علىٰ الأَعيانِ الموجودةِ ، وإِذا صَحَّ العقدُ عليها . . فقدِ ٱنتقلتْ إِلىٰ مِلكِ المستأجرِ ، فكانتْ حادثةً علىٰ مِلكهِ ، كمنافعِ أَعيانِ مالهِ .

مسأَلةٌ : [الإجارة علىٰ الأعمال والأعيان] :

يَصِحُّ عقدُ الإِجارةِ علىٰ الأَعمالِ والأَعيانِ ، فأَمّا عقدُها علىٰ الأعمالِ : فيَنقسمُ قسمينِ :

أَحدُهما : إِجارةٌ علىٰ عملٍ معيَّنٍ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لتَخِيطَ ليَ هٰذا الثوبَ . . فيلزمُهُ أَنْ يَخِيطَهُ بنفسِهِ .

والثاني : علىٰ عملٍ في الذمَّةِ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ علىٰ أَنْ يحصُلَ ليَ خياطةُ هٰذا الثوبِ ، فيجوزُ أَنْ يخيطَهُ بنفسِهِ ، ويجوزُ أَنْ يستأجرَ غيرَهُ ، أَو يستعينَهُ علىٰ خياطتهِ ؛ لأَنَّ المنافعَ كالأَعيانِ ، فلمّا جازَ عقدُ البيعِ علىٰ عينٍ معيَّنةٍ ، وعلىٰ عينٍ موصوفةٍ في الذمَّةِ ، فكذٰلكَ الإِجارةُ .

وأَمّا عقدُ الإِجارةِ علىٰ الأَعيانِ : فالأَعيانُ تنقسمُ قسمينِ : عقاراً ، وغيرَ عقارٍ .

فأَمّا غيرُ العقارِ : فيَصِحُّ عقدُ الإِجارةِ فيها علىٰ عينٍ معيَّنةٍ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : أَجِّرني عبدَكَ هٰذا ، أَو جَمَلَكَ هٰذا ، فيملِكُ المُستأجِرُ منفعةَ تِلكَ العينِ المعيَّنةِ ، كما لَوِ ٱشتراهُ . ويَصِحُّ عقدُ الإِجارةِ علىٰ عينٍ موصوفةٍ في الذمَّةِ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : أَجِّرني عبداً ، أَو جملاً في ذِمَّتِكَ ، ويصِفُهُ ، ويَصفُ ما يَكتري لَهُ ، كما يَصِحُّ أَنْ يُسلِمَ إِليهِ في عبدٍ أَو جملٍ في ذِمَّتِهِ ، فإِنْ قالَ : أَجِّرني عبدَكَ الفلانيَّ ، ولَمْ يكنِ المستأجرُ رآهُ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في بيعِ عينٍ معيَّنةٍ لَمْ يَرها المشتري .

وأَمّا العقارُ ، كالدورِ ، والأَرضِ : فيَصِحُّ عقدُ الإِجارةِ عليها ، ولكنْ لا يَصِحُّ إِلاَّ علىٰ عقارٍ معيَّنٍ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : أَجِّرني دارَكَ هٰذهِ ، أَو أَرضَكَ هٰذهِ ، فإِنْ قالَ : أَجِّرني داراً ، أَو أَرضاً في ذمَّتِكَ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ العقارَ لا يثبتُ في الذمَّةِ ، ولهٰذا لا يَصِحُّ السَّلَمُ عليهِ ، فكذٰلكَ الإِجارةُ .

فرعٌ : [ما جاز الإجارة علىٰ كلِّه جازت علىٰ بعضه] :

وكلُّ عينٍ جازَ عقدُ الإجارةِ عليها ، إمّا معيَّنةً أَو في الذمَّةِ . . جازَ عقدُ الإجارةِ علىٰ جزءٍ مُشَاعٍ مِنها ، سواءٌ ٱستأجرَها الشريكُ أَو غيرُهُ ، وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وزُفرُ : (لا تجوزُ إجارةُ المُشاعِ إلاَّ مِنَ الشريكِ) .

وقالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : لا تجوزُ إِجارةُ المُشاعِ بحالٍ .

دليلُنا علىٰ أَبي حنيفةَ : أَنَّ كلَّ عقدٍ ملكَ أَن يعقدَهُ معَ شريكهِ . . جازَ أَنْ يعقدَهُ معَ غيرِ شريكهِ ، كالبيعِ .

وعلىٰ أَبي يوسفَ ، ومحمَّدٍ : أَنَّها منفعةٌ يتعلَّقُ بها عقدُ الإجارةِ ، فإذا جازَ بيعُ أَصلِها . . جازَ عقدُ الإجارةِ علىٰ تلكَ المنفعةِ ، كالدَّارِ إذا كانتْ مقصودةً[1] ، ولأَنَّ الدَّارَ إذا كانتْ لنفسينِ[2] ، فأَجَّراها معاً مِنْ واحدٍ . . جازَ ، ونحنُ نعلَمُ أَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما قدْ أَجَّرَ نصفَهُ[3] مُشاعاً ، كذٰلكَ إذا أَجَّرَ أَحدُ الشريكينِ .

مسأَلةٌ : [جواز إجارة الأرض بكل عين أو منفعة] :

يجوزُ إجارةُ الأَرضِ للزراعةِ بكلِّ ما جازَ أَنْ يكونَ ثمناً في البيعِ ، سواءٌ كانَ مِمّا تُنبتُهُ الأَرضُ كالحبوبِ ، أَو مِمّا لا تُنبتُهُ الأَرضُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ .

وقالَ الحسنُ البصريُّ ، وطاووسٌ : لا تَجوزُ إجارةُ الأَرضِ بحالٍ ، بعدَ أَنْ وافقانا علىٰ جوازِ إجارةِ الدُّورِ والدَّكاكينِ .

وقالَ مالكٌ : (لا تجوزُ إجارةُ الأَرضِ بِما تُنبتُهُ مِنَ الحبوبِ ، كالحنطةِ ، والشعيرِ ، والذرةِ) . وٱحتجَّ بقولهِ ﷺ : « ولاَ بِطَعَامٍ مُسَمّىً » .

دليلُنا علىٰ الحسنِ ، وطاووسٍ : ما ذَكرناهُ مِنَ الأَخبارِ في أَوَّلِ البابِ .

---

(١) في (م) : (مفردة) .

(٢) في (م) : (بين نفسين) .

(٣) في نسخة : (نصيبه) .

وعلىٰ مالكٍ : أَنَّ ما جازَ أَنْ يُكتَرىٰ بالذهبِ والفضَّةِ . . جازَ بما تُنبتُهُ الأَرضُ ، كالدُّورِ ، والدكاكينِ . وأمّا قولُهُ ﷺ : « ولاَ بِطَعَامٍ مُسَمّىً » فأَرادَ : مِمّا يخرجُ مِنْ تِلكَ الأَرضِ ، وخُرِّجَ النهيُ علىٰ عُرفِ أَهلِ البلدِ ذٰلكَ الوقتِ ؛ لأَنَّهُم كانُوا يكرُونَ الأَرضَ بِما يَخرُجُ علىٰ السواقي والجداولِ ، أَو بربعِ ما يخرجُ منها ، أَو بثلُثِهِ ، أَو بشيءٍ مُسَمّىً مِمّا يخرجُ منها ، فنهاهُم عَنْ ذٰلكَ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنِ ٱكترىٰ أَرضاً للزراعةِ أَو للغِراسِ . . نَظَرتَ :

فإِنْ كانَ لها ماءٌ دائمٌ لا ينقطعُ في العادةِ ، مثلُ : أَنْ تكونَ تَشربُ مِنْ دِجلةَ أَو الفراتِ ، أَو كانَ لها نهرٌ أَو بِئرٌ ، أَو كانَ لها بِرْكَةٌ قد جُمعَ فيها ماءٌ مِنَ الأَمطارِ يَكفيها ، أَو كانتِ الأَرضُ (بَعلاً) وهيَ : الأَرضُ التي فيها نداوةٌ تَكتَفي بِها . . صَحَّتْ إِجارتُها للزَّرعِ والغراسِ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُهُ زِراعتُها معَ ذٰلكَ ، فَصَحَّ ، كما لو باعَهُ عَبداً يَملكُهُ .

مسأَلَةٌ : [ٱستأجر أرضاً لا ماء فيها] :

قالَ الشافعيُّ : (فإذا تَكارىٰ الأَرضَ التي لا ماءَ لها ، وإِنَّما تُسقىٰ بنُطْفِ[1] سماءٍ أَو سيلٍ إِنْ جاءَ . . فلا يَصِحُّ كِراؤُها إِلاَّ علىٰ أَنْ يُكريَهُ إِيّاها أَرضاً بيضاءَ لا ماءَ لها ، يَصنَعُ بها المكتري ما شاءَ في سنتِهِ ، إِلاَّ أَنَّهُ لا يَبني ولا يغرِسُ ، فإذا وقعَ علىٰ هٰذا . . صَحَّ الكِراءُ ، ولَزِمَهُ ، زَرَعَ أَو لَم يَزرعْ .

فإِنْ أَكراهُ إِيّاها علىٰ أَنْ يَزْرَعَها ، ولَمْ يَقُلْ : أَرضاً بيضاءَ لا ماءَ لها ، وهُما يَعلَمانِ أَنَّها لا تُزْرَعُ إِلاَّ بمطرٍ أَو سَيلٍ يَحدُثُ . . فالكِراءُ فاسدٌ) .

قالَ أَصحابُنا : وإِذا ٱكترىٰ أَرضاً ليسَ لها ماءٌ قائمٌ ، وإِنَّما تُزرَعُ علىٰ سيلٍ نادرٍ إِنْ جاءَ ، أَو بالأَمطارِ الكثيرةِ ، ولا تَكتَفي بالمطرِ المعتادِ والنُّطْفِ . . ففيها ثلاثُ مسائلَ :

إِحداهُنَّ : أَنْ يَكتَريَ هٰذهِ الأَرضَ للزراعةِ . . فلا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ ٱعتمادَ الزَّرعِ علىٰ السقيِ ، فإِذا لَمْ يكنْ لها ماءٌ قائمٌ لا ينقطعُ في العادةِ . . لَم يَتمكَّنْ مِنِ ٱستيفاءِ المنفعةِ ،

---

(١) جاء في (م) : (النطف ـ بسكون الطاء ـ القطر ، وبه سمِّيت النطفة) .

إِذِ السيلُ النادرُ مظنونٌ ، والمطرُ الكثيرُ قدْ يَقِلُّ ؛ لأَنَّ العادةَ قد جَرَتْ أَنَّ الكثيرَ قد يَقِلُّ ، فلَم يَصِحَّ ، كما لَو أَكراهُ أَرضاً لا يَملِكُها[١] .

الثانيةُ : أَنْ يقولَ : أَجَّرتُكَ هٰذهِ الأَرضَ ، وهيَ أَرضٌ بيضاءُ لا ماءَ لها ، ولا يقولَ : للزِّراعةِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، **وعامَّةُ أَصحابِنا** : فتَصِحُّ الإِجارةُ ؛ لأَنَّ الأَرضَ قد تُكترَىٰ للزَّرعِ وغيرِهِ ، بأَنْ يَقعُدَ فيها ، أَو يُؤوِيَ إِليها بهائِمَهُ ، أَو يَطْرَحَ فيها طعاماً أَو حَطباً .

وقالَ الصَّيْمَرِيُّ : لا تَصِحُّ هٰذهِ الإِجارةُ حتّىٰ يقولَ : أَجَّرتُكَها أَرضاً بيضاءَ لا ماءَ لها ، تَصْنَعُ بها أَنتَ بِلا ماءٍ لِنَفْسِكَ ما شِئْتَ ، ولا يَسْتَغْنِيانِ بِقولِهما : لا ماءَ لها ، فإِنْ لَم يَقُولا جميعَ ذٰلكَ . . بَطَلَ ؛ لأَنَّ الظاهرَ عندَ الإِطلاقِ ـ ولا ماءَ لها ـ أَنَّ رَبَّ الأَرضِ[٢] ربَّما تكلَّفَ سَوقَ الماءِ إِليها .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فيجوزُ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ هٰذهِ الأَرضَ مُدَّةَ الإِجارةِ ، ويَحْفِرَ فيها بئراً للسقيِ ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ مِنْ منافعِ تِلكَ الأَرضِ ، ولَهُ طَمُّ البئرِ ، ولهُ تَرْكُها إِذا رَضيَ مالِكُ الأَرضِ بِتَركِها . وليسَ لَهُ الغرسُ فيها ، ولا البناءُ ؛ لأَنَّهُما يُرادانِ للبقاءِ ، والمُكْري لَمْ يَدخلْ علىٰ أَنْ يبقىٰ في أَرضهِ شيءٌ بعدَ مدَّةِ الإِجارةِ .

الثالثةُ : أَنْ يقولَ : أَجَّرتُكَ هٰذهِ الأَرضَ ، ولَمْ يَقُلْ : للزراعةِ ، ولا أَنَّها أَرضٌ بيضاءُ ، فهلْ تَصِحُّ الإِجارةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّ الأَرضَ إِنَّما تُرادُ للزَّرْعِ في العادةِ والغالبِ ، ولَو شَرَطَ الزِّراعةَ . . كانَ باطلاً ، فكذٰلكَ إِذا أَطلَقَ .

والثاني : ينظرُ فيها : فإِنْ كانتْ بحيثُ لا يُمكنُ أَنْ يساقَ إِليها ماءٌ مِنْ نَهرٍ لارتفاعِها ، ولا يَتأَتّىٰ فيها بِئرٌ يُحْفَرُ لِصَلابَتِها أَو لِقِلَّةِ الماءِ فيها . . صَحَّ الكِراءُ ؛ لأَنَّ علمَهُ بذٰلكَ بمَنْزِلَةِ ما لَو شَرَطَ أَنَّها أَرضٌ بيضاءُ .

---

(١) في (م) : (ليزرعها) .

(٢) في (م) : (المال) .

وإنْ كانتْ بحيثُ يُمكنُ أَنْ يساقَ إِليها الماءُ مِنْ نَهرٍ ، أَو يُحْفَرَ فيها بِئرُ ماءٍ . . لَمْ يَصِحَّ الكِراءُ ؛ لأَنَّ المُكتَرِيَ يجوزُ أَنْ يَعتقدَ أَنَّ لها ماءً ، أَو أَنَّ المُكرِيَ يُحَصِّلُ لها الماءَ ، وأَنَّهُ يَكتَرِيها للزِّراعةِ ، وذٰلكَ متعذِّرٌ في العادةِ ، فلَمْ يَصِحَّ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وقد ذَكرها أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ في « الشرحِ » ، وسها في كلمةٍ ، فقالَ : فيها وجهانِ ، **أَحدُهما** : لا يَصِحُّ إِذا شَرَطَ زَرْعَها . **وجميعُ أَصحابِنا قالوا** : إِذا شَرَطَ زَرْعَها . . لَمْ يَصِحَّ ، وجهاً واحداً ، وإِنَّما الوجهانِ عندَ الإِطلاقِ .

وإِنْ كانتِ الأَرضُ مِمّا يكتفي زَرْعُها بالمطرِ القليلِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : صَحَّتْ إِجارتُها للزَّرعِ ؛ لأَنَّ اللهَ تعالىٰ ما أَجرىٰ العادةَ بقطعِ الأَمطارِ جُملةً ، وإِنَّما أَجرىٰ العادةَ بأَنَّ المطرَ قد يَقِلُّ ، فلذٰلكَ قُلنا : لا تَصِحُّ إِجارةُ الأَرضِ للزَّرعِ التي لا يكتفي زَرْعُها إِلاَّ بالمطرِ الكثيرِ .

وإِنْ كانتِ الأَرضُ لا تَشربُ إِلاَّ مِنْ زيادةِ نهرٍ ، فإِنْ كانتْ زيادتُهُ نادرةً ، فإِنِ ٱكتَراها للزِّراعةِ بعدَ زيادةِ الماءِ . . صَحَّ ؛ لأَنَّ الانتفاعَ بها مُمكِنٌ ، وما يُتخوَّفُ في ثاني الحالِ مِنْ نقصٍ يُؤَثِّرُ بالزَّرعِ . . لا يُؤَثِّرُ ، كمنِ ٱشترىٰ عبداً ، فإِنَّهُ يَصِحُّ وإِنْ كانَ يَتخوَّفُ مَوتَهُ أَو إِباقَهُ . وإِنِ ٱكتَراها للزِّراعةِ قبلَ زيادةِ الماءِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ قد يَزيدُ ، وقدْ لا يَزيدُ ، وذٰلكَ ضَرٌّ مظنونٌ ، فلَمْ يَصِحَّ .

فإِنِ ٱكتَراها علىٰ أَنَّها أَرضٌ بيضاءُ لا ماءَ لَها ، ولَمْ يَقُلْ : للزِّراعةِ . . صَحَّ ، كما قُلنا في الأَرضِ التي لا ماءَ لها . وإِنِ ٱكتَراها ، ولَمْ يَقُلْ : إِنَّها أَرضٌ بيضاءُ لا ماءَ لَها ، ولا أَنَّهُ يَكتَرِيها للزِّراعةِ . . لَمْ يَصِحَّ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ لها ماءً بحالٍ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ أَنْ يَسقيَ مِنَ النهرِ بالدَّواليبِ[1] وإِنْ كانتْ عاليةً .

فإِنْ كانتِ الزيادةُ معتادةً . . صَحَّتْ إِجارتُها للزَّراعةِ قبلَ وجودِ الزيادةِ ، فكذٰلكَ

(١) الدواليب ـ جمع دولاب ـ : آلة تديرها الدابة يستقىٰ بها ، تدعىٰ بالسانية ، ونحوها الناعورة لكنها تدور بجري الماء .

تَصِحُّ إِجارةُ أَرضِ البصرةِ التي تَشربُ مِنَ المَدِّ[١] للزرعِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ معتادٌ لا يختلفُ ؛ لأَنَّ الماءَ يَمدُّ كلَّ يومٍ مرَّتينِ[٢] .

قالَ ٱبنُ الصبّاغ : وكذٰلكَ تَصِحُّ إِجارةُ الأَرضِ التي تشربُ بالمطرِ المعتادِ للزرعِ قبلَ مجيءِ المطرِ ، ولعلَّهُ أَرادَ الأَرضَ التي تكتفي بالمطرِ القليلِ ، كما ذكرهُ الشيخُ أَبو حامدٍ .

فرعٌ : [استأجر أرضاً مغمورة بالماء] :

وإِنِ ٱستأجرَ أَرضاً وفيها ماءٌ ، فإِنْ كانَ الماءُ كَدِراً لا تُرىٰ معَهُ الأَرضُ ، ولَمْ يكنْ رأَىٰ الأَرضَ قبلَ ذٰلكَ . . لَمْ يَصِحَّ ، **علىٰ الصحيحِ** مِنَ القولينِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ عقدُ الكِراءِ علىٰ عينٍ لَمْ يُشاهِدْها ، وإِنْ كانَ قدْ رأَىٰ الأَرضَ قبلَ ذٰلكَ ، أَو كانَ الماءُ صافياً ورأَىٰ الأَرضَ وفيها الماءُ . . نَظرتَ :

فإِنِ ٱستأجَرَها لزرعٍ يصلحُ معَ قيامِ الماءِ فيها ، كالأَرُزِّ ، وما أَشبهَهُ . . صَحَّتِ الإِجارةُ ؛ لأَنَّهُ يمكنهُ الانتفاعُ بِها عقيبَ العقدِ .

وإِنِ ٱستأجرَها لزرعٍ لا يصلحُ معَ قيامِ الماءِ فيهِ ، كالحنطةِ ، والشعيرِ ، والذُّرةِ ، فإِنْ كانَ فيها موضعٌ يُمكنُ فتحُهُ وخروجُ الماءِ مِنها ، وتُزرعُ بعدَ ذٰلكَ . . صَحَّتْ إِجارَتُها ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ زِراعَتُها . وإِنْ لَمْ يَكنْ فيها موضعٌ يُمكنُ فتحُهُ وخروجُ الماءِ ، ويَعلمُ أَنَّ الماءَ لا ينحسرُ عنها بالشَّمسِ والرِّيحِ . . لَمْ تَصِحَّ إِجارتُها للزرعِ ؛ لأَنَّهُ لا يَتمكَّنُ مِنْ زِراعَتِها .

وإِنْ كانَ يعلمُ في العادةِ أَنَّ الماءَ يَنحسرُ عنها بطلوعِ الشمسِ وهبوبِ الرِّيحِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لا يُمكنُ الانتفاعُ بِها في الحالِ .

---

(١) المدُّ : ارتفاع ماء البحر أو نحوه علىٰ الشاطىء ، ضدّ الجزر .

(٢) أي : في الأيام المقمرة فحسب .

والثاني ـ ولَمْ يَذكُرِ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ يَصِحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ يُعلمُ بحكمِ العادةِ إِمكانُ زِراعَتِها ، وكونُ الماءِ فيها هو مِنْ عِمارتِها ، فلا يَمنعُ زِراعَتَها وقتَ الزراعةِ .

وليسَ مِنْ شَرطِ الإِجارةِ حصولُ الانتفاعِ بِها في جميعِ مُدَّتِها ، أَلا تَرىٰ أَنَّهُ يجوزُ أَنْ يستأجِرَ الأَرضَ للزراعةِ سنتينِ ، والزراعةُ لا تكونُ إِلاَّ في بَعضِهِما .

فرعٌ : [خوف غرق الأرض لا يمنع الإجارة] :

قالَ في « الأُمِّ » [٣/ ٢٤٧] : إِذا كانتِ الأَرضُ علىٰ صفةٍ يُمكنُ زَرْعُها ، إِلاَّ أَنَّهُ يَخافُ عليها الغرقَ ، وقدْ تَغْرَقُ ، وقد لا تَغْرَقُ . . جازَتْ إِجارتُها ؛ لأَنَّ الظاهرَ عدمُ الغَرَقِ ، والأَصلُ السلامةُ .

فرعٌ : [الاستئجار لتعليم سورة كريمة] :

وإِنِ ٱستأجرَ رجلاً علىٰ تحصيلِ تعليمِ سورةٍ مِنَ القرآنِ ، والأَجيرُ لا يَحفَظُها . . صَحَّتِ الإِجارةُ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُهُ تَحصيلُ تَعليمِهِ ، بأَنْ يَستأجِرَ مَنْ يَحفَظُها لِيُعَلِّمَهُ .

وإِنِ ٱستأجَرَهُ ليعلِّمَهُ سورةً ، والأَجيرُ لا يحفَظُها . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ علىٰ منفعةٍ معيَّنةٍ لا يقدرُ عليها ، فهو كما لَو أَجَّرَ عبدَ غيرِهِ .

والثاني : تصحُّ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُهُ أَنْ يَتعلَّمَ مِنْ غيرِهِ ويُعلِّمَهُ .

مسأَلةٌ : [الاستئجار علىٰ منفعة معلومة] :

ولا تَصِحُّ الإِجارةُ إِلاَّ علىٰ منفعةٍ معلومةِ القدرِ ؛ لأَنَّ المنافعَ كالأَعيانِ ، فلمّا لَم يَجُزِ العقدُ علىٰ الأَعيانِ معَ الجهلِ بِها . . فكذٰلكَ العقدُ علىٰ المنافعِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ المنافعَ تَنقسمُ ثلاثةَ أَقسامٍ :

[الأَوَّلُ] مِنها : ما لا يَتقدَّرُ إِلاَّ بالمُدَّةِ .

و[الثاني] منها : ما لاَ يَتقدَّرُ إلاَّ بالعملِ .

و[الثالثُ] منها : ما يَتقدَّرُ بالمدَّةِ أَو بالعملِ .

فأَمّا ما لا يتقدَّرُ إلاَّ بالمدَّةِ : فإجارَةُ العقارِ كلِّه ، كالأَرضِ ، والدورِ ، والحوانيتِ ؛ لأَنَّهُ ليس للعقارِ عملٌ معلومٌ ، فلَم يَتَقَدَّرِ العقدُ علىٰ منفعتِهِ إلا بالمُدَّةِ ، وكذٰلكَ : الاستئجارُ لتطيينِ السُّطُوحِ والحيطانِ وتَجصيصِها لا تَتَقَدَّرُ معرفته[1] إلاَّ بالزمانِ ، فيقولُ : ٱستأجرتُكَ لتطيِّنَ ليَ شهراً ، أَو تُجصِّصَ ليَ شهراً ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ تقديرُ العملِ فيهِ ؛ لأَنَّ بعضَهُ يكونُ رقيقاً ، وبعضَهُ يكونُ ثخيناً ؛ لاختلافِ أَرضِ السطحِ والحائطِ ، وكذٰلكَ : الإِجارةُ علىٰ الرَّضاعِ لا تُقَدَّرُ المنفعةُ فيها إلاَّ بالزمانِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ تقديرُ اللَّبَنِ الذي يَشبعُ بهِ الصبيُّ .

وأَمّا ما لاَ تَتَقَدَّرُ المنفعةُ فيهِ إلاَّ بالعملِ : فمثلُ أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لتبيعَ لي هٰذا الثوبَ أَوْ لتخيطَهُ ، أَوِ ٱستأجرتُكَ لِتَحُجَّ عنِّي ، أَو عَنْ فلانٍ ، أَوْ لتقبِضَ[2] لي مِنْ فلانٍ شيئاً ، وما أَشبَهَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يُمكنُ تقديرُ المنفعةِ فيها بالمُدَّةِ .

وأَمّا ما تَتَقَدَّرُ المنفعةُ فيهِ بالعملِ أَو بالمُدَّةِ : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فمثلُ أَنْ يقولَ : أَجِّرْنِي دَابَّتَكَ هٰذهِ لأَركَبَها إِلىٰ موضعِ كذا ، أَو أَجِّرْنِي عبدَكَ هٰذا لِيَخِيطَ لي هٰذا الثوبَ ، أَو أَجِّرْني عبدَكَ هٰذا لِيخدِمَني شهراً ، أَو لِيَخِيطَ لي شهراً ، أَو لِيبنيَ لي شهراً ، أَو أَجِّرْني هٰذا الجملَ لأركبَهُ شهراً أَو سنةً . . فيَصِحُّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ المنفعةَ معلومةٌ لكلِّ واحدٍ منهُما .

فرعٌ : [استأجره ليخيط ثوباً في يوم] :

وإِنْ قالَ : أَجِّرْني عبدَكَ ليَخِيطَ لي هٰذا الثوبَ يوماً . . لَم يَصِحَّ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : يَصِحُّ .

---

(١) في (م) : (منفعته) .

(٢) في (م) : (لتقتص) .

دليلُنا : أَنَّ تصحيحَها يؤدِّي إِلىٰ التناقضِ ؛ لأَنَّهُ قد يَفرغُ مِنَ الخياطةِ في بعضِ اليومِ ، فإِنْ طُولِبَ بالعملِ في بقيَّةِ اليومِ . أَخلَّ بشرطِ العملِ ، وإِنْ لَم يُطالَبْ بالعملِ . أَخلَّ بشرطِ المُدَّةِ ، وإِنْ قالَ : ٱستأجرتُكَ لتحصِّلَ لي خياطةَ خمسةِ أَيّامٍ . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : لَم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ المنفعةَ مجهولةٌ ؛ لأَنَّ الخيَّاطينَ تختلفُ أَعمالُهم ، وإِنَّما تَصِحُّ الإِجارةُ ، بأَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لِتَخيطَ لي خمسةَ أَيّامٍ ، أَو لِتخيطَ هٰذا الثوبَ ، أَو لتَحصِّلَ لي خياطةَ هٰذا الثوبِ ؛ لأَنَّ المنفعةَ في ذٰلكَ كلِّهِ معلومةٌ .

فرعٌ : [شرط مدة الإيجار أن تكون مقدّرة] :

وما قُدِّرَ مِنَ الإِجارةِ بالمدَّةِ : فمِنْ شَرطِ المدَّةِ أَنْ تكونَ معلومةَ الابتداءِ والانتهاءِ ، فيقولُ : أَجِّرنِي دارَكَ هٰذه مدَّةَ شهرٍ مِنْ هٰذا الوقتِ ، أَو مِنَ الآنَ ، فإِنْ قالَ : شهراً أَو سنةً ، ولَم يَقُلْ : مِنَ الآنَ ، أَو مِنْ هٰذا الوقتِ . . لَم تصحَّ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (إِذا أطلقَ . . ٱقتضىٰ أَنْ يكونَ أَوَّلُها عقيبَ العقدِ) .

دليلُنا : أَنَّ المعقودَ عليهِ هوَ الشهرُ ، وذٰلكَ غيرُ معلومٍ ، بل يجوزُ أَنْ يكونَ هٰذا الشهرُ أَو غيرُهُ ، فلَمْ تصحَّ ، كما لَو قالَ : بعتُكَ عبداً .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ مِنْ شرْطِ المُدَّةِ أَنْ تكونَ متَّصلةً بالعقدِ ، فإِنْ قالَ : أَجَّرتُكَ داريَ شهرَ رجبٍ ، وهوَ في جُمادىٰ . . لَم تصحَّ الإِجارةُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تصحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ الإِجارةَ عقدٌ بنفسِها يتقسَّطُ العِوَضُ فيها علىٰ المُعَوَّضِ ، فإِذا عُقِدَتْ علىٰ معنىً ينافي[1] الشروعَ في قبضِها عقيبَ العقدِ . . لَم تصحَّ ، كما لَو باعَهُ عبداً آبِقاً ، أَو مغصوباً .

فقولُنا : (يتقسَّطُ العِوَضُ فيها علىٰ المُعوَّضِ) ٱحترازٌ مِنْ نكاحِ الصغيرةِ ، فإِنَّهُ

(١) في (م) : (لا يتأتىٰ) .

يَصِحُّ وإنْ كانَ لا يتأتّىٰ القبضُ فيها عقيبَ العقدِ الأوَّلِ . أو نقولُ : لأنَّ عقدَ الإجارةِ معاوضةٌ مَحْضةٌ ، فبَطَلَ فيما لا يتأتّىٰ فيهِ القبضُ عقيبَ العقدِ ، كالبيعِ . ولا يَبْطُلُ ببَيعِ العينِ الغائبةِ ، فإنَّ قَبْضَها يكونُ[1] في موضعِها .

وإنِ ٱستأجرَ مِنْ رجلٍ عيناً شهرَ شعبانَ ، ثُمَّ استأجَرَها منهُ شهرَ رمضانَ قبلَ ٱنقضاءِ شعبانَ . . فهلْ تَصِحُّ الإجارة في شهرِ رمضانَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ مُدَّةَ إجارةِ العقدِ الثاني لَمْ تتَّصلْ بوقتِ العقدِ ، فلَمْ تَصِحَّ ، كما لو كانتِ العينُ في إجارةِ غيرِهِ في شعبانَ ، فأَجَّرها مِنَ الثاني قبلَ ٱنقضاءِ إجارةِ الأَوَّلِ .

والثاني : تَصِحُّ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأنَّ العينَ في يدِ المستأجرِ ، ولاَ حائلَ بينَهُ وبينَها ، فصارَ كما لَو جمعَ في الإجارةِ بينَ الشهرينِ .

فرعٌ : [الإجارة المطلقة بأجرة معيّنة] :

وإنْ قالَ : أَجَّرتُكَ داريَ كلَّ شهرٍ بدينارٍ ، ولَمْ يبيِّنْ عددَ الشهورِ . . لمَ تَصِحَّ الإجارةُ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولٌ آخرُ : أَنَّهُ تَصِحُّ في الشهرِ الأَوَّلِ بدينارٍ ، وتَبطلُ فيما زادَ عليهِ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ، وٱختيارُ أَبي سعيدٍ الإصطخريِّ ، إلاَّ أَنَّ أَبا حنيفةَ قالَ : (لكلِّ واحدٍ منهُما أَنْ يفسخَ الإجارةَ عندَ ٱنقضاءِ الشهرِ ، فإذا لَمْ يَفعلا حتّىٰ مضىٰ يومٌ مِنَ الشهرِ الثاني . . فليسَ لواحدٍ منهُما أَنْ يفسخَ) .

وقالَ مالكٌ : (الإجارةُ صحيحةٌ ، وكلَّما مضىٰ شهرٌ . . ٱستحقَّ ديناراً ، إلاَّ أَنَّها غيرُ لازمةٍ)[2] .

دليلُنا : أَنَّ قولَهُ : (كلَّ شهرٍ) لا نهايةَ لهُ ، وإذا كانتْ مُدَّةُ الإجارةِ مجهولةً . . لَمْ تَصِحَّ ، كما لو قالَ : أَجَّرتُكَ زماناً ، ولأَنَّ الشهرَ الأَوَّلَ وإنْ كانَ معلوماً ، إلاَّ أَنَّهُ

---

(١) في (م) : (ممكن) .
(٢) في (م) : (لأنها غير لازمها) .

أُضيفَ إِلىٰ مجهولٍ ، والمعلومُ إِذا أُضيفَ إِلىٰ مجهولٍ . صارَ الجميعُ مجهولاً ، فصارَ كما لو قالَ : أَجَّرتُكَ داريَ هٰذهِ وداراً أُخرىٰ بمئةٍ .

وإِنْ قالَ : أَجَّرتُكَ داريَ هٰذهِ سنةً مِنْ هٰذا الوقتِ ، فإِنْ قالَ : سنةً عدديّةً ، أَو سنةً بالأَيّامِ . كانتِ الإِجارةُ ثلاثَ مئةٍ وستِّينَ يوماً ، وإِنْ قالَ : سنةً هلاليّةً . . كانتِ الإِجارةُ ٱثني عشرَ شهراً ، تمّتِ الشهورُ أَو نَقصتْ .

فإِنْ عَقَدَ الإِجارةَ في آخِرِ جُزءٍ مِنَ الشهرِ . . ٱعتبَرَ جميعَ شهورِ السنةِ بالأَهلَّةِ ، وإِنْ عقدَ الإِجارةَ بعدَ أَنْ مضىٰ جزءٌ مِنَ الشهرِ ، أَو بقيَ منهُ جُزءٌ بعدَ العقدِ . . ٱعتبَرَ ما بقيَ مِنْ هٰذا الشهرِ ، وعدَّ بعدَهُ أَحدَ عشرَ شهراً بالأَهلَّةِ ، وتمَّمَ الشهرَ الأَوّلَ بالعددِ بعدَ الأَحدَ عشرَ .

فإِنْ قالَ : أَجَّرتُكَ سنةً وأَطلَقَ ، ولَمْ يَقُلْ : عدديَّةً ولاَ هلاليَّةً . . ٱنصرفَ ذٰلكَ إِلىٰ الهلاليَّة ؛ لأَنَّها هيَ السنةُ المعهودةُ في الشرعِ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة : ١٨٩] .

وإِنْ أَجَّرهُ سنةً شمسيَّةً ، أَو روميَّةً ، أَو فارسيَّةً . . فذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والمَحامليُّ ، و ٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّ الإِجارةَ لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّ هٰذهِ السنةَ تزيدُ علىٰ السنةِ الهلاليَّةِ ، وتلكَ الزيادةُ غيرُ معلومةٍ ، بلْ تَختلفُ ، فإِنَّها سنةً تكونُ : ثلاثَ مئةٍ وخمسةً وستِّينَ يوماً ورُبُعَ يومٍ ، وسنةً تكونُ : ثلاثَ مئةٍ وخمسةً وستِّينَ يوماً ونصفَ يومٍ ، وسنةً تكونُ : ثلاثَ مئةٍ وخمسةً وستِّينَ يوماً وثلاثةَ أَرباعِ يومٍ ، إِلاَّ أَنْ تكونَ هٰذهِ الزيادةُ معلومةً عندَ المتعاقدَينِ ، فتَصِحُّ الإِجارةُ . فإِنْ جَهِلاَ ذٰلكَ أَو أَحدُهما . . لَمْ تَصِحَّ .

وأَمَّا الشيخُ أَبو إِسحاقَ : فقالَ : إِذا أَجَّرهُ سنةً شمسيّةً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ علىٰ حسابِ النَّسِيءِ فيهِ أَيّامٌ ، والنَّسِيءُ حرامٌ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ إِنَّمَا ٱلنَّسِىٓءُ زِيَادَةٌ فِى ٱلْكُفْرِ ﴾ [التوبة : ٣٧] . وأَرادَ بقولِهِ : (النَّسِيءُ) ما ذكَروهُ مِنَ التقدُّمِ والتأَخُّرِ لأَجلِ الزيادةِ والنقصانِ في السنةِ ؛ لأَنَّ النسيءَ المذكورَ في الآيةِ : أَنَّ العربَ كانتْ تؤخِّرُ تحريمَ المُحرَّمِ إِلىٰ صَفَرَ .

والثاني : تَصِحُّ ؛ لأَنَّ مُدَّةَ الإِجارةِ معلومةٌ ، فهو كالنَّيروزِ ، والمَهرجانِ .

فرعٌ : [شَرطُ بيانِ جنسِ الانتفاعِ بالمؤجَّرِ] :

إذا قالَ : أكريتُكَ هٰذهِ الأرضَ ، وأطلَقَ ، ولَمْ يبيِّنْ جنسَ الانتفاعِ بِها . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ الأرضَ تُكرىٰ للزرعِ ، وللغراسِ ، وللبناءِ ، فإذا لَمْ يبيِّنْ واحداً مِنها . . لَمْ يَصِحَّ ، وإنْ قالَ : أَكْرَيْتُكَها لتزرعَ فيها زرعَ كذا . . صَحَّ ، وإنْ قالَ : أَجَّرتُكَها لتزرَعَها ما شئتَ ، أو لتزرعها أضرَّ الزرعِ . . صحَّتِ الإجارةُ ؛ لأنَّ أيَّ زَرْعٍ زرعَهُ . . فهوَ مأذونٌ لهُ فيهِ ، وإنْ قالَ : لتزرَعَها ، وأَطلقَ . . ففيهِ وجهانِ :

[الأَوَّلُ] : قالَ أبو العبّاسِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الزروعَ يختلفُ ضرَرُها في الأرضِ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لأنَّ الإطلاقَ يَعمُّ الزروعَ ، وقدْ ثبتَ أَنَّهُ لَو قالَ : لتزرَعَها ما شئتَ ، أَو لتزرَعَها أَضرَّ الزروعِ . . صَحَّ ، فإذا أَطلقَ . . حُمِلَ على العمومِ .

وإنْ أرادَ أَنْ يغرِسَها أَو يَبنيَ فيها . . لَمْ يكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ضررَهُما أَكثرُ مِنْ ضررِ الزرعِ .

فرعٌ : [أُجرةُ الأَرضِ للغراسِ] :

فإنْ قالَ : أَجَّرتُكَ هٰذهِ الأَرضَ لتغرِسَها الغرسَ الفلانيَّ . . صحَّ ، وإنْ قالَ : لتغرِسَها ما شئتَ ، أَو لتغرِسَها أَضرَّ الغروسِ . . صحَّ ، وإنْ قالَ : لتغرِسَها ، وأَطلقَ . . ففيهِ وجهانِ ، كالزرعِ ، **الأَصحُّ** : أَنَّهُ يجوزُ .

فرعٌ : [ٱستأجرَ أَرضاً للغراسِ فزرعها] :

وإذا ٱستأجَرَ أَرضاً للغراسِ . . فلَهُ أَنْ يزرعَ فيها ؛ لأنَّ ضررَ الزرعِ أَقلُّ مِنْ ضررِ الغِراسِ .

فرعٌ : [أجره ليزرع وليغرس ولم يُبيِّنْ] :

إذا قالَ : أَكريتُكَ هٰذهِ الأَرضَ ، فٱزرَعْها أَوِ ٱغرِسْها ، أَو قالَ : فٱزرَعْها أَوِ ٱغرِسْها ما شئتَ . . قالَ الشافعيُّ : (فالكراءُ جائزٌ) . وقالَ المزنيُّ : الأَشبهُ ـ بقولِهِ ـ :

لا يجوزُ ؛ لأنَّهُ عقدَ علىٰ زرعٍ وغرسٍ ولَمْ يبيِّنْ قدرَ كلٍّ واحدٍ منهُما ، فكانَ مجهولاً .

وٱختلفَ أَصحابُنا في تأويلِها :

فقالَ أَبو العبّاسِ ، وأَبو إِسحاقَ : ليسَ تأويلُها ما ذَكرَهُ المزنيُّ ، وإِنَّما تأويلُها : أَنَّهُ ٱكتراها ليغرِسَها كلَّها إِنْ شاءَ ، أَو ليزرَعَها كلَّها إِنْ شاءَ ؛ لأَنَّهُ إِذا ٱكتراها للغراسِ . . فقدِ ٱستفادَ بهِ الزرعَ ؛ لأَنَّهُ أَقلُّ ضرراً ، فإِذا ذَكرَهُ كانَ تأكيداً . فأَمّا إِذا أَرادَ زرعَ بعضِها وغرسَ بعضِها . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا ذَكرهُ المُزنيُّ .

وقالَ أَبو الطيِّبِ بنُ سلمةَ : بَلِ الإجارةُ صحيحةٌ ؛ لأَنَّهُ إِذا ٱستأجرَ علىٰ أَنْ يزرعَ ويغرِسَ . . فقدِ ٱستأجَرَها للأَمرينِ معاً ، فكذٰلكَ إِذا ٱستأجَرَها علىٰ أَنْ يزرعَ أَو يغرِسَ . . صحَّ ، ويكونُ لهُ زرعُ نِصفِها وغرسُ نِصفِها ؛ لأنَّ الإِضافةَ تقتضي التسويةَ ، كما لَو قالَ : هٰذهِ الدارُ لزيدٍ وعمرٍو .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّ الشافعيَّ قدْ قالَ في « الأُمِّ » : (إِذا قالَ : أَجَّرتُكَ هٰذهِ الأَرضَ لتغرِسَ بعضَها ، وتزرعَ بعضَها . . لَمْ يَصِحَّ) .

مسأَلَةٌ : [جَواز إِكراءِ البهائم] :

قالَ الشافعيُّ : (وإِكراءُ الإِبلِ جائزٌ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ إِكراءَ الإِبلِ والخيلِ والبغالِ والحميرِ والبقرِ جائزٌ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [النحل : ٨] . ولَمْ يُفرِّقْ بينَ المملوكِ والمُكترىٰ ، وقولِهِ تعالىٰ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٨] .

قالَ ٱبنُ عبّاسٍ : (أَرادَ بذٰلكَ : ليسَ عليكُم جُناحٌ أَنْ تحجُّوا وتُكْروا جِمالَكُم)[1] .

وهٰذا إِجماعٌ لا خلافَ فيهِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ البهائِمَ تُكرىٰ ، لا سيَّما للرُّكوبِ والحملِ عليها والعملِ ،

---

(١) وكذا ذكره د. قلعجي في «موسوعة فقه ابن عباس» (ص/ ٤٢).

فإنْ أَرادَ أَنْ يكتريَ بهيمةً للركوبِ. . جازَ أَنْ يَكتريَ بهيمةً معيَّنةً ، وجازَ أَنْ يَكتريَ بهيمةً موصوفةً في الذِّمَّةِ . (فالمعيَّنةُ) : أَنْ يقولَ : أَكرِني هٰذا الجملَ ، أَو هٰذا الفرسَ . و(الموصوفةُ) : أَنْ يقولَ : أَكرِني جملاً ، أَو دابّةً ، أَو بغلاً ، أَو حماراً ، ويذكرَ النوعَ والذكوريَّةَ ، والأُنوثيَّةَ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يختلفُ بذٰلكَ ؛ لأنَّ الأُنثىٰ أَسهلُ في الركوبِ مِنَ الذكرِ . هٰكذا ذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ .

وذَكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : إِذا كانَ في الجنسِ الواحدِ نوعانِ مختلفانِ في السيرِ. . فهلْ يجبُ ذِكرُ بيانِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ ذِكرُهُ ؛ لأنَّ سيرَهُما يتفاوتُ .

والثاني : لا يجبُ ؛ لأنَّ التفاوتَ يَقِلُّ .

ولا بدَّ أَنْ يكونَ الراكبُ معلوماً ، ولا يكونُ معلوماً إِلاَّ بالمشاهدةِ .

وقالَ أَصحابُ مالكٍ : يجوزُ الإِطلاقُ في ذٰلكَ ؛ لأنَّ أَجسامَ الناسِ متقاربةٌ في الغالبِ . وهٰذا غيرُ صحيحٍ[١] ؛ لأنَّ الناسَ مختلفونَ في الطُّولِ والثِّقَلِ ، ويتفاوتونَ تفاوتاً لا يُمكنُ ضبطُهُ بالوصفِ .

وأَمّا ما يُوطَّأُ بهِ المركوبُ : فإِنْ أَطلقَ ذٰلكَ ، ولَمْ يَذكرْهُ. . وجبَ لهُ أَنْ يُوطَّأَ بما جرَتِ العادةُ أَنْ يُوطَّأَ بمثلِهِ ، فإِنْ كانَ المركوبُ فرساً. . وطَّأَهُ بالسَّرْجِ واللِّجَامِ ، وإِنْ كانَ بغلاً أَو حماراً. . وطَّأَهُ بالإِكافِ والبرذعةِ ، وإِنْ كانَ جَملاً. . وطَّأَهُ بالقتَبِ والزاملةِ .

وإِنْ ذكرَ مَحْمِلاً أَو كَنيسةً. . كانَ لهُ أَنْ يركبَ بهِ ، ولا بُدَّ أَنْ يكونَ المَحمِلُ معلوماً ، ويصيرُ[٢] معلوماً بالمشاهدةِ ، وهلْ يصيرُ معلوماً بالوصفِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجُهٍ ، حكاها الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُها : يصيرُ معلوماً بالوصفِ ، كما قُلنا في السَّرْجِ والقتبِ .

---

(١) في (م) : (ليس بصحيح) .
(٢) في نسخة : (يكون) .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إسحاقَ ـ : أَنَّ محامِلَ بغدادَ وخوارَزْمَ وكَنائِسَهُم تصيرُ معلومةً بالوصفِ ؛ لأنَّها خفيفةٌ لا تَختلفُ في العادةِ ، وأَمّا محاملُ خراسانَ وكَنائِسُها : فلا تصيرُ معلومةً بالوصفِ ؛ لأَنَّها ثقالٌ تختلفُ في العادةِ .

والثالثُ ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّها لا تُضبطُ بالوصفِ ؛ لأَنَّها تختلفُ آختلافاً مُتَبايناً ، ولَمْ يَذكُرِ الشيخُ أبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ الوجهَ الأَوَّلَ .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ولا بُدَّ أَنْ يَقولَ : يكونُ المحمِلُ مغطّىً أَو مكشوفاً ؛ لأنَّ الغَرَضَ يختلفُ فيهِ ، ولاَ عُرْفَ فيهِ ، فإِذا ذَكرَ : أَنَّهُ مغطّىً . . فهلْ يَصِحُّ أَنْ يطلقَ الغِطاءَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمريُّ ، **المشهورُ** : أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لأَنَّ ما يُغطّىٰ به لا يختلفُ ٱختلافاً متبايناً ، فيُغطّيهِ بِلِبْدٍ ، أَو نطعٍ[1] ، أَو خِرَقٍ . فإِنْ شَرطَ شيئاً . . تعيَّنَ ما شُرِطَ ، ولَهُ أَنْ يغطِّيَ بمثلِهِ وَأَخَفَّ منهُ .

وهلْ يُشرَطُ بيانُ ما يُوطَّأُ بهِ فوقَ المحملِ ؟ فيهِ وجهانِ ، **أَصحُّهُما** : أَنَّهُ لا يجبُ ، ويُحملُ علىٰ ما جَرتْ بهِ العادةُ .

فرعٌ : [يذكر المكاري ما يصطحبه المسافر من حاجات وأمتعة] :

وأَمّا المعاليقُ[2] التي يحتاجُ إِليها في السفرِ ، مثلُ : القِدْرِ والدَّلوِ والحبلِ والقِرْبةِ والرَّكوَةِ[3] ، فإِنْ ذكرَها المُكتري وكانتْ معلومةً ، إِمّا بالمشاهدةِ ، أَو بالوصفِ . . صَحَّ ، وإِنْ أَطلقَ ، وقالَ : وتحملُ المعاليقَ . . فهلْ يَصِحُّ ؟

قالَ الشافعيُّ : (الكراءُ فاسدٌ) . قالَ : (ومِنَ الناسِ مَنْ قالَ : هوَ جائزٌ ٱستحساناً ، ويُحملُ علىٰ العرفِ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

---

(١) **النطع** : الجلد ، وكان يبسط كثيراً تحت من حكم عليه بالقتل بالسيف كالخوان للمائدة .

(٢) **المعاليق** ـ جمع مُعلوقٍ ـ: وهو السفرة والإداوة ونحوها ، فإن لم تشرط في الحمل . . لم تصح الإجارة .

(٣) **الركوة** : إناء صغير من جلد يشرب منه الماء ، والدلو الصغير ، يجمع علىٰ : ركاء وركوات .

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ مختلِفٌ ، فلا بدَّ مِنْ بيانِهِ .

والثاني : يَصِحُّ ، ويُحملُ علىٰ العُرْفِ ، وهوَ الوسطُ ؛ لأَنَّهُ لا يتفاوتُ ، فهوَ كغطاءِ المحملِ والكنيسةِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ[١] ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الشافعيَّ لا يقولُ بالاستحسانِ .

فرعٌ : [ليس للراكب اصطحاب ما لا يعتاد] :

قالَ الصيدلانيُّ : فإذا ٱكترىٰ دابَّةً تُركَبُ بسَرجٍ ولِجامٍ . . لَمْ يَكنْ للمُكتري أَنْ يُعَلِّقَ عليهِ المعاليقَ ، كالسفرةِ[٢] ، والسطيحةِ[٣] ، والقربةِ ؛ لأَنَّهُ خلافُ العادةِ .

فرعٌ : [اشتراط المسافة أو قدر وقتها] :

وأَمّا قدرُ السيرِ ووقتُهُ : فإِنْ شرطَ أَنْ يركبَها كلَّ يومٍ شيئاً معلوماً ، إمّا فرسخينِ ، أَو ثلاثةً ممّا تَقْدِرُ أَنْ تمشيَ فيهِ مثلُ تلكَ البهيمةِ . . صحَّ العقدُ ، وحُملا عليهِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : إلاَّ أَنْ يكونَ ذٰلكَ الطريقُ مَخوفاً ، فلا يجوزُ تقديرُ السيرِ فيهِ ؛ لأَنَّ السيرَ ليسَ إِلىٰ ٱختيارِهِما .

وإِنْ لَمْ يَشرِطا سيراً مقدَّراً في كلِّ يومٍ ، فإِنْ كانَ لتلكَ الطريقِ منازلُ معروفةٌ ، وجرتِ العادةُ بالمسيرِ[٤] فيهِ بزمانٍ مخصوصٍ مِنْ ليلٍ أَو نهارٍ . . صحَّ العقدُ ، وحُملا علىٰ ما جَرتْ بهِ العادةُ في تلكَ الطريقِ ، كما قُلنا فيمنْ باعَ بدينارٍ وأَطلقَ ، في بلدٍ فيهِ نقدٌ متعارَفٌ .

وإِنْ لَمْ يكنْ لتِلكَ الطريقِ منازلُ معروفةٌ ، ولا وقتٌ يمشي فيهِ . . لَمْ يَصِحَّ العقدُ معَ

---

(١) في (م) : (يصحُّ) .

(٢) **السفرة** : طعام يتخذه المسافر ، يجمع علىٰ : سُفر ، وتطلق مجازاً علىٰ ظرفه .

(٣) **السطيحة** : المزادة للماء ، وهي كالقربة تكون من جلد ونحوه .

(٤) في (م) : (بالمشي) .

الإطلاقِ ، كما قُلْنا فيمَنْ باعَ بدِينارٍ وأَطلقَ ، في بلدٍ لا نقدَ فيهِ غالبٌ .

قالَ أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ : إِذا أَكرىٰ إِلىٰ مكَّةَ في زمانِنا . . فلا بدَّ أَنْ يَذكرَ المراحلَ ؛ لأَنَّ السيرَ في هٰذا الزمانِ سيرٌ لا تطيقُهُ الحَمولةُ .

فرعٌ : [مكان النزول للمكتري يحمل علىٰ العرف] :

وإِنْ كانَ العرفُ في تلكَ الطريقِ النزولَ في بلدةٍ ، فإِنِ ٱتَّفقا علىٰ موضعِ النزولِ في البلدِ . . جازَ ، وإِنِ ٱختلفا : فقالَ المكتري : ننزلُ وسطَ البلدِ ؛ لأَنَّهُ أَحفظُ للمتاعِ ، وقالَ المُكري : بلْ ننزلُ في طرفِ البلدِ ؛ لأَنَّهُ أَقربُ لرعي الإِبلِ ، أَو قالَ أَحدُهُما : ننزلُ في هٰذا الجانبِ ، وقالَ الآخرُ : بلْ ننزلُ في الجانبِ الآخرِ . . حُملَ الأَمرُ علىٰ ما جرتْ بهِ العادةُ في نزولِ القوافلِ في تلكَ البلدِ .

فرعٌ : [تعيين مكان النزول] :

قالَ الطبريُّ : فإِذا ٱستأجرَ بهيمةً ليَركبَها مِنْ بغدادَ إِلىٰ البصرةِ ، وكانَ منزلُهُ في البصرةِ ، فإِنْ قالَ : إِلىٰ طرفِ البصرةِ ، أَو إِلىٰ منزلي فيها . . صحَّ العقدُ ، وحُملا علىٰ ذٰلكَ ، وإِنْ أَطلقا . . فهلْ تصحُّ الإِجارةُ ؟ فيهِ وجهانِ . فإِذا قُلنا : تصحُّ . . فهلْ تنتهي الإِجارةُ إِذا بلغَ إِلىٰ طرفِ البصرةِ ، أَو لا تنتهي حتّىٰ يبلغَ منزلَ المكتري ؟ فيهِ وجهانِ .

مسأَلةٌ : [اكترى مركبة لحمولته] :

فأَمّا إِذا أَرادَ أَنْ يكتريَ الحَمولةَ للحُمولةِ ، و (الحُمولةُ) ـ بضمِّ الحاءِ ـ : الشيءُ الذي يُحْمَلُ . و(الحَمولةُ) ـ بفتحِ الحاءِ ـ : البهيمةُ التي تَحْمِلُ . قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ وَمِنَ ٱلْأَنْعَـٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا ﴾ [الأنعام : ١٤٢] .

قالَ أَهلُ التفسيرِ : (الحَمولةُ) : الكبارُ ، و(الفرشُ) : الصغارُ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فإِنِ ٱكترىٰ ظهراً للحُمولَةِ[1] ، فلا يفتقرُ إِلىٰ ذكرِ جنسِ الظَّهرِ ، ولاَ

---

(١) أعاد المصنف هنا أصل المسألة ليبني عليها ، بعد استطراده للحمولة وللآية الكريمة .

إِلىٰ نوعهِ ، بلْ يقولُ : أَكرِني ظهرَ بهيمةٍ لتحمِلَ لي كذا وكذا ، إِلىٰ موضعِ كذا وكذا ، فيصحُّ ؛ لأَنَّهُ لا غرضَ في معرفةِ جنسِ الظهرِ ونوعهِ ؛ لأَنَّ الغرضَ تحصيلُ حَملِ المتاعِ ، فعلىٰ أَيِّ بهيمةٍ حملَهُ المكري مِنْ جَمَلٍ ، أَو بغلٍ ، أَو حِمارٍ . . فقدْ حصلَ المقصودُ ، بخلافِ اكتراءِ البهيمةِ للركوبِ ؛ لأَنَّ الغرضَ يختلفُ باختلافِ البهيمةِ ، فلذٰلكَ لَم يكنْ بدٌّ مِنْ بيانِ البهيمةِ[1] .

وأَمّا المتاعُ المَحمولُ : فلا بدَّ مِنْ معرفةِ جنسهِ ، أَنَّهُ طعامٌ ، أَو حديدٌ ، أَو قُطنٌ ؛ لأَنَّ تعبَ البهيمةِ يختلفُ باختلافهِ وإِنِ استوىٰ في القَدْرِ ؛ لأَنَّ الحديدَ وما أَشبهَهُ يقعُ علىٰ موضعٍ واحدٍ مِنَ الظهرِ ، ولا يأخُذُ جميعَ الظهرِ ، والقطنَ وما أَشبهَهُ يقعُ علىٰ جميعِ الظهرِ ، وتدخلُ فيهِ الريحُ ، ففي كلِّ واحدٍ منهُما ثِقلٌ مِنْ وجهٍ ، وخفَّةٌ مِنْ وجهٍ ، فلذٰلكَ وجبَ بيانُهُ .

ولا بدَّ مِنْ معرفةِ قَدْرِهِ ، فإِنْ كانَ المتاعُ مشاهَداً . . وجبَ عليهِ بيانه ، وإِن قالَ : أَكرِني ظهراً علىٰ حملِ هٰذا القُطنِ ، أَو علىٰ حَملِ هٰذهِ الصُّبْرةِ . . صحَّ وإِنْ لَم يَعرِفا وزنَ القُطنِ ، ولا كيلَ الصُّبْرةِ ، كما قُلْنا في البيعِ . وإِنْ لَم يشاهدْهُ ، ولكنْ وصفَهُ بالوزنِ أَو بالكيلِ . . صحَّ ؛ لأَنَّهُ يصيرُ معلوماً بذٰلكَ .

وأَمّا الظروفُ التي فيها المتاعُ : فإِنْ كانتْ معلومةً بالمشاهدةِ . . جازَ ، وإِنْ لَم تكنْ مشاهدةً ، فإِنْ كانَ المتاعُ موصوفاً بالوزنِ . . لَم يفتقرْ إِلىٰ معرفةِ جنسِ الظرفِ ؛ لأَنَّها تكونُ مِنْ جُملةِ الوزنِ ، وإِنْ كانَ المتاعُ معلوماً بالكيلِ . . فلا بدَّ مِنْ معرفةِ ظرفهِ ، إِمّا بالمشاهدةِ ، أَو بالوصفِ ؛ لأَنَّهُ يختلفُ بالثِّقلِ والخِفَّةِ .

قالَ الشافعيُّ : (إِلاَّ أَنْ يكونَ مِنَ الغرائرِ[2] الجبَليَّةِ ، فيجوزُ أَنْ يطلِقَ ؛ لأَنَّها لا تختلفُ اختلافاً متبايناً ، فكانَ تسميتُها كافياً) .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : ويذكرُ المُدَّةَ التي يحملُ فيها ، والموضعَ الذي يحملُ إِليهِ ، كما قُلْنا في الركوبِ .

---

(١) واليوم يبيّن نوع المركبة وحالها .

(٢) **الغرائر** ـ جمع غِرارة ـ : وعاء شبه العِدْل ، والخُرْجِ ، ويكون من قماش وخيش ونحوه .

قالَ الطبريُّ : وإذا ٱستأجرَهُ ليحملَ لَهُ متاعاً إلىٰ بلدٍ ، فبلغَ بهِ طرفَ ذٰلكَ البلدِ . . فللمكري حطُّ المتاعِ هناكَ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يلزمُهُ أنْ يبلغَ بهِ إلىٰ منزلِ المُكتري في ذٰلكَ البلدِ) .

دليلُنا : أنَّ المعقودَ عليهِ هوَ الحملُ إلىٰ البلدِ ، وٱسمُ البلدِ يقعُ علىٰ طرفهِ .

فرعٌ : [ٱكترىٰ البهيمة ليحمل عليها ما لا تطيقه] :

وإنِ ٱكترىٰ منهُ بهيمةً ليحملَ عليها متاعاً لا تَقدِرُ عليهِ البهيمةُ ، أو ليحملَ عليها ما شاءَ . . لَم يصحَّ ؛ لأنَّ حملَها لِما لا تَقدِرُ عليهِ يؤدِّي إلىٰ قتلِها ، وقولُهُ : (ما شاءَ) يدخلُ فيهِ ما يقتُلُها ، وقتْلُها لا يجوزُ .

فرعٌ : [ٱكتراء البهيمة لإدارة الرحا] :

وإنِ ٱكترىٰ دابَّةً لإدارةِ الرَّحىٰ . . فلا بدَّ أنْ تكونَ البهيمةُ معلومةً ، إمّا بالمشاهدةِ ، أو بالصفةِ ، ولا بدَّ أنْ يُعْلَمَ الحجَرُ بالمشاهدةِ لا بالصفةِ ؛ لأنَّ عملَ[1] البهيمةِ يختلفُ فيهِ بثقلِهِ وخفَّتِهِ . ولا بدَّ مِنْ تقديرِ الطحنِ ، إمّا بالزمانِ ، بأنْ يقولَ : يوماً أو يومينِ ، أو بالعملِ ، بأنْ يقولَ : لِطحنِ قفيزٍ أو قفيزينِ .

وإنِ ٱستأجرَ بهيمةً لإدارةِ الدولابِ . . فلا بدَّ أنْ تكونَ البهيمةُ معلومةً بالمشاهدةِ ، أو بالصفةِ ، ولا بدَّ أنْ يَعْلَمَ الدولابَ ؛ لأنَّ تعبَ البهيمةِ يختلفُ بٱختلافهِ ، ولا يُعْلَمُ إلاَّ بالمشاهدةِ ؛ لأنَّهُ يختلفُ ولا يضبطُ بالصفةِ ، ويقدَّرُ ذٰلكَ بالزمانِ ؛ لأنَّهُ لا يصيرُ معلوماً إلاَّ بذٰلكَ .

وإنِ ٱكتراها ليسقيَ عليها بالغُروبِ[2] . . فلا بدَّ مِنْ معرفةِ الغَرْبِ ؛ لأنَّهُ يختلِفُ ، ويقدَّرُ ذٰلكَ بالزمانِ أو بعددِ الغُروبِ ، ولا يجوزُ أنْ يقدَّرَ بسقيِ الأرضِ مشاهدةً ولا موصوفةً ؛ لأنَّ ما تُروَىٰ بهِ الأرضُ مِنَ الماءِ مجهولٌ .

---

(١) في نسخة : (تعب) .

(٢) **الغروب** ـ جمع غرب ـ : الدلو الكبير الذي لا ينزعه من البئر إلا الجمل القوي يسقي به .

فرعٌ : [أستئجار بهيمة للحرث] :

وإنِ آستأجرَ ظهراً للحرثِ . . فلا بدَّ مِنْ معرفةِ الظهرِ بالمشاهدةِ أَو بالوصفِ ، ولا بدَّ أَنْ يشاهدَ رَبُّ البهيمةِ الأَرضَ المحروثةَ ؛ لأَنَّ تعبَ البهيمةِ يختلفُ بآختلافِ صلابةِ الأَرضِ ورَخاوَتِها ، وذٰلكَ لا يُضبَطُ بالوصفِ ، ويصحُّ تقديرُ المنفعةِ هاهُنا بالعملِ ، بأَنْ يقولَ : أَجِّرني هٰذا الظهرَ لأَحرثَ عليهِ هٰذهِ الأَرضَ ، أَو نصفَ الأَرضِ[1] .

وإنِ آستأجرَهُ ليحرثَ هٰذهِ الأَرضَ . . صحَّ ، ولاَ يفتقِرُ إِلىٰ بيانِ جنسِ الظهرِ ؛ لأَنَّ المقصودَ حرثُ تلكَ الأَرضِ ، فيصحُ وإِنْ لَم يَذكرْ جنسَ الظهرِ ، كما قُلْنا في حملِ المتاعِ . وهلْ يصحُّ أَنْ يَكتريَ ظهراً مشاهَداً أَو موصُوفاً علىٰ أَنْ يحرثَ عليهِ مُدَّةً معلومةً ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّهُ مجهولٌ .

والثاني : يصحُّ ، **وهو الأَصحُّ** ، ولَم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وآبنُ الصبّاغِ غيرَهُ ؛ لأَنَّ المنفعةَ تصيرُ معلومةً بذٰلكَ .

وإنِ آكترىٰ ظهراً غيرَ مشاهَدٍ ولا موصوفٍ لِيحرثَ عليهِ مدَّةً . . لَم يصحَّ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يختلفُ .

فرعٌ : [أكتراء الظهر للدياس أو الجارحةِ للصيد] :

ويجوزُ أَنْ يستأجرَ الظهرَ علىٰ دِياسِ[2] الزرعِ ، فإِنْ كانَ علىٰ دياسِ زرعٍ معيَّنٍ . . لَمْ يفتقرْ إِلىٰ ذكرِ جنسِ الظهرِ ؛ لأَنَّ المقصودَ دياسُهُ ، فهوَ كحملِ المتاعِ .

وإِنْ كانَ علىٰ دياسِ مدَّةٍ . . لَم يصحَّ حتّىٰ يَعلَمَ الظهرَ ، إِمّا بالمشاهدةِ ، أَو بالوصفِ .

---

(١) في (م) : (أو يصف الظهر) .

(٢) **الدياس** : الدراس ، مأخوذ من داس الأرض دوساً : إذا شدد وطأه عليها بقدمه .

ويجوزُ أَنْ يستأجِرَ جارحةً للصَّيدِ ، ولا يصحُّ حتّىٰ يَعلَمَ الجارحةَ ، إمّا بالمشاهدةِ ، أَو بالوصفِ[1] ؛ لأَنَّ الجوارحَ تختلفُ ، ولا بدَّ مِنْ ذكرِ جنسِ الصيدِ الذي تُرسَلُ عليهِ الجارحةُ ؛ لأَنَّ لكلِّ صيدٍ تأثيراً في إتعابِ الجارحةِ .

مسأَلةٌ : [الاستئجار لرعي الأغنام] :

وإنِ ٱستأجرَهُ ليرعىٰ لَهُ غنماً معيَّنةً . . تعيَّنَ العقدُ بها ، فإنْ تَلِفتْ قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإنَّ أَصحابَنا قالوا : تنفسخُ الإجارةُ ، ولا يكونُ للمستأجرِ إبدالُها ، وإنْ تلِفَ بعضُها . . ٱنفسخَ فيهِ العقدُ ، وإنْ توَالدَتْ . . لَم يلزَمْهُ أَنْ يرعىٰ أَولادَها .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي أَنَّهُ إذا عيَّنَ الغنمَ . . جازَ لَه إبدَالُها ، كما إذا ٱستأجرَ دابَّةً ليركَبَها . . جازَ لَه أَنْ يُركِبَها مثلَهُ .

وإنِ ٱستأجرَهُ ليرعىٰ لَه الغنمَ مدَّةً وأَطلقَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي إسحاقَ ـ : أَنَّهُ لا يصحُّ ؛ لأَنَّ لِكلِّ قَدْرٍ مِنَ الغَنَمِ تأثيراً في إتعابِ الراعي .

والثاني ـ وهوَ قولُ ٱبنِ الصبّاغِ ـ : أَنَّهُ يصحُّ ، ويرعىٰ لَه ما جرتِ العادةُ أَنْ يرعىٰ الواحدُ مِنْ رُعاةِ الغنَمِ ، فإذا تلِفَ شيءٌ مِنْها . . أَبدَلَهُ ، وإذا توالَدتْ . . رعىٰ أَولادَها ؛ لأنَّ العادةَ جرتْ بأَنَّ الأَولادَ تتبعُ الأُمَّهاتِ في الرعي .

فرعٌ : [ٱستئجار كحّال للعين] :

وإنِ ٱستأجرَ كحّالاً ليكحَلَ لَه عينَهُ . . جازَ له ؛ لأنَّهُ عملٌ جائزٌ يُمكنُ تسليمُهُ ، ويُقدِّرُهُ بالمُدَّةِ ، فإنْ قدَّرَهُ بالبُرْءِ . . لَم يَجُزْ ؛ لأنَّهُ لا يَعلمُ متىٰ يبرأُ .

ولا يجبُ الكُحلُ علىٰ الكحّالِ ؛ لأَنَّ الأَعيانَ لا تُستَحَقُّ بالإجارةِ ، فإنْ شرطَ الكُحْلَ علىٰ الكحّالِ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (بالصفة) .

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأنَّ العادةَ جرتْ بِهِ عليهِ ، ولأنَّهُ يشقُّ علىٰ العليلِ تحصيلُ الدواءِ ، فجُوِّزَ ذٰلكَ ، كالرَّضاعِ .

والثاني : أَنَّ الإِجارةَ باطلةٌ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأنَّ ذٰلكَ في معنىٰ بيعتينِ في بيعةٍ ، فإنِ ٱشترىٰ منهُ الكُحْلَ ، وٱستأجرَهُ علىٰ الكَحْلِ[1] في عَقدٍ واحدٍ . . فقدْ جمعَ بينَ بيعٍ وإِجارةٍ ، وفي ذٰلكَ قولانِ ، مضىٰ ذكرُهُما .

وإنِ ٱستأجرَهُ ليصبغَ لَه ثوباً بِصِبْغٍ مِنْ عندِ الصبّاغِ ، أَو ليكتبَ لَه كتاباً بحبرٍ مِنَ الكاتبِ ، فإِنْ قُلْنا : يجوزُ ٱشتراطُ الكُحلِ علىٰ الكحّالِ . . صحَّ هاهُنا أَيضاً . وإِنْ قُلْنا هناك : لا يصحُّ . . فهاهُنا وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لما ذكرناه في الكُحْلِ .

والثاني : يصحُّ ؛ لأنَّهُ بيعٌ للصِّبْغِ والحبرِ والعملِ ، والكتابُ فيهِ تسليمُ الصِّبغِ والحبرِ ؛ لأنَّهُ مقدَّرٌ بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [ٱستئجار ٱمرأة للرضاع والحضانة] :

وإنِ ٱستأجرَ ٱمرأَةً علىٰ إرضاع صبيٍّ . . صحَّتِ الإِجارةُ ؛ لقولِهِ تعالىٰ في المطلَّقاتِ : ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٦] . والأُجرةُ لا تكونُ إِلاَّ في إِجارةٍ .

فإِنِ ٱستأجَرَها علىٰ الحضانَةِ ، وهيَ حِفْظُ الصبيِّ ، وتربيتُهُ ، ودهنُهُ ، وكحلُهُ ، وغسلُ خِرَقهِ ، وتنظيفُهُ . . لزِمَها ذٰلكَ دونَ الإِرضاعِ . وإِنِ ٱستأجَرَها علىٰ إِرضاعهِ وحضانَتهِ . . لزِمَها ذٰلكَ .

وٱختلفَ أَصحابُنا هلِ المقصودُ الحضانةُ ، واللَّبنُ تبعٌ ، أَوِ المقصودُ اللَّبنُ ، والحضانةُ تبعٌ ؟

فمنهُم مَنْ قالَ : المقصودُ هوَ اللَّبنُ ، والحضانةُ تبعٌ ؛ لأنَّ اللهَ تعالىٰ قالَ : ﴿فَإِنۡ

(١) في (م) : (الكِحَال) .

أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ . فذَكَرَ الإرضاعَ ، ولَم يَذكُرِ الحضانةَ ، والإرضاعُ إنَّما ينصرفُ إلىٰ اللَّبنِ دونَ الحضانةِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : المقصودُ الحضانةُ ، واللَّبنُ تبعٌ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ؛ لأَنَّ اللَّبنَ عينٌ ، والأَعيانُ لا تُستَبَاحُ بعقدِ الإجارةِ متبوعاً ، وإنَّما تُستَبَاحُ علىٰ وجهِ التبعِ لغيرِها ، أَلا تَرىٰ أَنَّ مَنِ ٱستأجَرَ بئراً ليشربَ مِنْها . . لَم يصحَّ ، وإنِ ٱستأجرَ داراً وفيها بئرُ ماءٍ . . جازَ أَن يستقيَ مِنْها تبعاً للدارِ ؟ وأَمّا الآيةُ : فلأَنَّ الرَّضاعَ يَشتملُ علىٰ حَضانَةٍ ولبنٍ ، فما قابَلَ الحضَانَةَ مِنْها . . كانَ أُجرةً ، وما قابَلَ اللبنَ . . كانَ ثمناً ؛ لأَنَّ الأَعيانَ لا تُستَبَاحُ بالإجارةِ ، وقولُ اللهِ تعالىٰ : ﴿ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء: ٢٥] تغليبٌ للأَكثرِ منهُما ؛ لأَنَّ مِنْ شأنِ العَربِ إذا جَمعتْ بينَ شيئَينِ أَنْ تُغلِّبَ الأَكثرَ ، فعُلِمَ أَنَّ الحضانةَ هيَ المقصودةُ .

وإنِ ٱستأجَرَها علىٰ الإرضاعِ ، ولَم يذكرِ الحضانةَ . . فهلْ يَلزَمُها الحضانةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَلزَمُها ذٰلكَ ؛ لأَنَّ العادةَ جاريةٌ بأَنَّ المرضِعةَ تتولّىٰ ذٰلكَ .

والثاني : لا يَلزَمُها ؛ لأَنَّ المذكورَ في العقدِ هوَ الإرضاعُ ، وذٰلكَ لا يتناولُ أَكثرَ مِنْ سَقْيِ اللَّبنِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فمِنْ شرطِ صحَّةِ الإجارةِ علىٰ الإرضاعِ : أَنْ يُعْلَمَ الصبيُّ ، ولاَ يَصيرُ معلوماً إلاَّ بالمشاهدةِ ؛ لأَنَّهُ لا يُضبَطُ بالوصفِ ، وتقدَّرُ المنفعةُ فيها بالمدَّةِ ؛ لأَنَّ تقديرَها بالعملِ لا يمكنُ .

ولا تصحُّ الإجارةُ حتّىٰ يَشترطَ أَنَّها ترضعُهُ في بيتِها ، أَو في بيتِ أَبي الصبيِّ ؛ لأَنَّ الغَرَضَ يختلفُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ للأَبِ غَرضاً في أَنْ تُرضِعَهُ في بيتِهِ ، لكي يشرفَ علىٰ ولدِهِ ، ولها غرضٌ في أَنْ تُرضِعَهُ في بيتِها ؛ لأَنَّهُ أَسهلُ لَها ، ولِكَي لا تُبتَذَلَ في القعودِ في بيوتِ الناسِ .

فإنِ ٱستأجَرَها الأَبُ بأُجرةٍ مِنْ مالِ الصبيِّ . . جازَ ؛ لأَنَّ نفقتَهُ في مالِهِ .

وإنِ ٱستأجَرَها الأَبُ بأُجرةٍ في ذمَّتِهِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : صحَّ ، ولزِمَ الأَبَ

الأُجرةُ ؛ لأَنَّ الصبيَّ إنْ لَم يَكنْ لَه مالٌ . . فنفقَتُهُ علىٰ الأَبِ ، وإنْ كانَ لَه مالٌ . . فقدْ تطوَّعَ الأَبُ بالأُجرةِ مِنْ مالِهِ ، وما تَطوَّعَ بِهِ الإِنسانُ بعقدٍ . . لزِمَهُ .

فرعٌ : [تأجير المتزوجة نفسها للإرضاع] :

إذا كانَ للمرأَةِ زوجٌ ، فأَجَّرتْ نفسَها للإرضاعِ بإذنِ الزوجِ . . صحَّتِ الإجارةُ ولزِمَتْ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهما ، وإنْ أَجَّرتْ نفسَها للإرضاعِ بغيرِ إذنِه . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : تصحُّ ؛ لأَنَّ العقدَ يتناولُ محلاً غيرَ المَحلِ الذي يتناولُهُ عقدُ النكاحِ ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ خدمَتَها ولا إرضاعَها .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ يستحقُّ الاستمتاعَ بها في كلِّ وقتٍ ، وفي تصحيحِ عقدِ الإرضاعِ عليها ما يمنعُهُ مِنَ الاستمتاعِ بها .

فإذا قُلْنا : لا تصحُّ . . فلا كلامَ ، وإنْ قُلْنا : تصحُّ . . فللزوجِ فسخُ الإجارةِ ؛ لأَنَّها تعوِّقُ[1] ٱستمتاعَهُ .

وإنْ أَجَّرتْ نفسَها للإرضاعِ ، ثُمَّ تزوَّجتْ . . لَم يكنْ للزوجِ فسخُ هٰذهِ الإجارةِ ؛ لأَنَّها سابقةٌ لحقِّهِ ، وإنْ أَجَّرتْ نفسَها ، ثُمَّ أَقرَّتْ : أَنَّها قدْ كانتْ تزوَّجتْ برجلٍ قبلَ الإجارةِ ، وصدَّقها الزوجُ . . ثبتتِ الزوجيَّةُ بينَهُما ، ولَم يكنْ للزوجِ فسخُ هٰذهِ الإجارةِ ؛ لأَنَّ الإجارةَ قدَ لزمتْ في الظاهرِ ، فلا يُقْبَلُ قولُها فيما يؤدِّي إلىٰ فسخِها .

وكلُّ موضعٍ لَزِمَتْ فيهِ الإجارةُ ، ولَم يكنْ للزوجِ فسخُها . . فهلْ يُمنَعُ الزوجُ مِنْ وطئِها ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٣٠] : يُمنَعُ مِنْ وطئِها ، وهوَ قولُ أَحمدَ ؛ لأَنَّهُ لا يُؤْمَنْ أَنْ تَحبَلَ ، فينقصَ اللَّبنُ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والبغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : لا يُمنعُ الزوجُ مِنْ وَطئِها ؛ لأَنَّ

---

(١) في (م) : (تفوت عليه) ، وتعوق : تمنع .

ٱستمتاعَهُ بها حقٌّ لَه متحقِّقٌ ، وجوازَ الحَبَلِ مِنَ الوطءِ أَمرٌ مظنونٌ ، فلَم يَسقُطْ حقُّهُ المتحقِّقُ بأَمرٍ مظنونٍ .

فعلىٰ هٰذا : ليسَ للزوجِ أَنْ يطأَها[1] في وقتِ إِرضاعِ الصبيِّ ، وإِنَّما يطؤها إِذا نامَ الصبيُّ ، أو إِذا رَوِيَ باللَّبنِ .

فرعٌ : [ٱستئجار المرأة العبد لخدمة الخلوة] :

قالَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : إِذا ٱستأجرتِ ٱمرأَةٌ عبداً لخدمةِ الخلوةِ . . لَمْ تصحَّ الإِجارةُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تصحُّ الإِجارةُ ، والخدمةُ[2] حرامٌ) . وَكذٰلكَ : لَوِ ٱستأجرَ حُرَّةً أَجنبيَّةً مِنْهُ لخدمةِ الخلوةِ . . لَمْ تصحَّ الإِجارةُ .

وفي الأَمةِ وَجهانِ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (تصحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ الإِجارةَ وَقعتْ لخدمةٍ خَاصَّةٍ ، وهيَ ممتنِعةٌ ؛ لِكونِها مُحرَّمةً ، فلَمْ يصحَّ العقدُ ، كمَنِ ٱستأجَرَ شيئاً لا منفعةَ فيهِ .

مسأَلَةٌ : [الاستئجار لحفر بئر ونحوه] :

وإِنِ ٱستأجرَ رجلاً ليحفرَ لَهُ بِئراً أَو نهراً . . صحَّ ، ولا بدَّ مِنْ تَقديرِ العملِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وذٰلكَ يَحصلُ بأَمرينِ ، إِمّا بأَنْ يُقدِّرَهُ بالمُدَّةِ ، بأَنْ يَستأجرَهُ لِيحفرَ لهُ شهراً أَو شهرينِ ، أَو بالعملِ ، فإِنْ كانتْ بِئراً . . ذكَرَ قَدْرَ عُمقِها ، وقَدْرَ دَورِها[3] . وإِنْ كانَ نهراً . . ذكَرَ طُولَهُ وعَرضَهُ وعُمقَهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ أَن يحفرَ لَهُ مُدَّةً . . لَمْ يفتقِرْ إِلىٰ معرفةِ

---

(١) في نسخة : (يطلبها) في الموضعين .
(٢) أي : مع الخلوة ، للنهي عنها في حديث ابن عباس : « لا يخلون رجل بامرأة » . رواه البخاري (٥٢٣٣) في النكاح ، ومسلم (١٣٤١) في الحج .
(٣) أي : قطرها ، وذٰلكَ : إذا كان حفرها باليد العاملة لا بآلة .

الأَرضِ التي يحفِرُ فيها ، وإنْ كانتْ علىٰ أَنْ يحفرَ لَه أَذرُعاً معلومةً . . فلا بُدَّ مِنْ مشاهدةِ الأَرضِ التي يحفرُ فيها ؛ لأَنَّها تختلفُ بالصَّلابةِ والرِّخاوةِ ، وإنِ ٱستأجرَهُ علىٰ أَنْ يحفرَ لَه أَذرُعاً معلومةً . . فعلىٰ الحافرِ أَنْ يُخرِجَ الترابَ الَّذي يحصُلُ بالحفرِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُهُ أَنْ يحفرَ إلاَّ بإِخراجِ تَرابِ ما حفرَ ، فإنْ تهوَّرَ شيءٌ مِنْ ترابِ ما حفرَهُ مِنْ جانبي البئرِ . . لَمْ يَلزَمِ الحافرَ إخراجُ ذٰلكَ ، بلْ علىٰ المُستأجِرِ أَنْ يُخرِجَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ سقطَ مِنْ مِلكِهِ ، ولَمْ يتضمَّنْهُ عقدُ الإجارةِ ، فهوَ كما لو سَقَطَ في البئرِ بهيمةٌ لمالِكِ البئرِ .

فإنْ حفرَ الأَجيرُ ، فوصلَ إلىٰ حَجَرٍ في البئرِ يمكِنُهُ حفرُها . . ففيهِ وجهانِ :

[أحدهما] : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : يلزمُهُ حفرُها إذا أَمكنَهُ وإنْ شقَّ عليهِ ؛ لأَنَّهُ قدِ ٱلتزمَ الحَفْرَ بالعَقْدِ .

و[الثاني] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لا يلزَمُهُ حفرُها ؛ لأَنَّها مخالِفةٌ لِما شاهَدَ مِنَ الأَرضِ .

وإنْ وصلَ إلىٰ حَجَرٍ لا يمكنُهُ حفرُها ، أَو نبعَ فيهِ ماءٌ لا يمكِنُهُ معَهُ الحفرُ[1] وقد بقيَ مِنَ الذُّرعانِ الَّتي ٱستأجرَهُ عليها بعضُها . . ٱنفسختِ الإجارةُ فيما بقيَ ، وهلْ ينفسخُ فيما مضىٰ ؟ فيهِ طريقانِ ، كما قُلْنا فيمَنِ ٱشترىٰ عبدينِ ، فتلِفَ أَحدُهما قبلَ القبضِ .

فإذا قُلْنا : ينفسِخُ فيما مضىٰ . . سقطَ المُسمّىٰ ، ووجبَ للأَجيرِ أُجرةُ المِثلِ فيما قدْ عَمِلَ .

وإذا قُلْنا : لا ينفسِخُ . . ثَبتَ لِكُلِّ واحدٍ منهُما الخيارُ في الفسخِ لأَجلِ ما بَقيَ ، فإنْ فسَخا ، أَو فَسخَ أَحدُهما . . سَقَطَ المُسمّىٰ ، ووجبَ لِلأَجيرِ أُجرةُ المِثلِ لِمَا قدْ عَمِلَ . وإنْ لَمْ يَفسَخْ واحدٌ منهُما . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وجبَ لِلأَجيرِ مِنَ المُسمّىٰ بقدْرِ ما عَمِلَ ، ولا يُقَسَّطُ ذٰلكَ علىٰ عددِ الأَذرُعِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يَختلِفُ ، لأَنَّ أَعلىٰ البئرِ أَسهلُ في نَقلِ الترابِ ، ولٰكنْ يُقَالُ : كَم أُجرةُ ما قدْ عَمِلَ ؟ وكم أُجرةُ ما بقيَ ؟ ويُقسمُ المُسمّىٰ عليهِما .

---

(١) في نسخة : (منعه) .

فرعٌ : [الاستئجار لحفر القبر] :

وإنِ ٱستأجرَهُ لحفرِ قَبْرٍ . . فليسَ عليهِ ردُّ الترابِ إلىٰ القبرِ بعدَ وَضعِ الميِّتِ فيهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (عليهِ ذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّ المعقودَ عليهِ هوَ الحفرُ ، وقدْ وُجِدَ ذٰلكَ ، فلا يَلزَمُهُ غيرُهُ .

فرعٌ : [الاستئجار علىٰ البناء] :

ويجوزُ الاستئجارُ علىٰ البناءِ ، ويجوزُ تقديرُ ذٰلكَ بالزَّمانِ ، بأَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لِتَبنيَ لي يوماً أَو شهراً بآجُرٍّ ، أَو أَحْجارٍ ، أَو طينٍ ، أَو لَبِنٍ .

ويجوزُ تقديرُهُ بالعملِ ، بأَنْ يَقولَ : لتبنِيَ لي حائِطاً بآجُرٍّ ، أَو حجرٍ ، أَو طينٍ ، أَو لَبنٍ ، ويَذكرَ طولَهُ وعَرضَهُ وسَمْكَهُ[1] .

ويجوزُ أَنْ يَستأجِرَهُ ليضرِبَ لَه اللَّبِنَ ، ويُقدِّرُهُ بالمدَّةِ أَو بالعملِ ، فإِنْ قدَّرَهُ بالعملِ . . ذَكرَ عددَ اللَّبِنِ ، ويذكُرُ طولَها وعَرضَها وسَمكَها .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإِنْ كانَ القالبُ[2] معلوماً . . جازَ أَنْ يُطلِقَ ، كما إِذا كانَ المكيالُ معلوماً معروفاً . . جازَ إِطلاَقُهُ في السَّلَمِ .

وإِنْ قالَ : بهٰذا القالبِ . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : صحَّ ، وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : في هٰذا نَظَرٌ ، ويَنبغي أَنْ لا يصحَّ ، كما لو علَّقَ السَّلَمَ علىٰ مكيالٍ بعينِهِ .

ولا بدَّ أَنْ يَذكرَ مَوضعَ الضَّربِ ؛ لأَنَّهُ يَختلفُ بقُربِ الماءِ منهُ وبُعدِهِ ؛ لأَنَّ نَقلَ الماءِ والترابِ علىٰ الأَجيرِ .

---

(١) **السَّمك** : البعد الثالث بعد الطول والعرض ، ويعبر عنه بالارتفاع ، يجمع علىٰ : سموك . والسُّمك : غلظ الشيء وثخانته .

(٢) **القالب** : ما يُفرغ فيه الطين ونحوه ليكون مثالاً للفراغ منه ، وفي المعدن ليكون مثالاً لما يصاغ منه .

فرعٌ : [ٱستئجار الحمّام] :

إذا ٱستأجرَ حمّاماً . . صحَّتِ الإجارةُ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ الانتفاعُ بهِ معَ بقاءِ عينِهِ ، فهوَ كَالدُّورِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فلا بدَّ أَنْ يُشاهِدَ المستأْجِرُ بيوتَ الحمّامِ ؛ لأَنَّ الغَرضَ يَختلفُ بٱختلافِ صغيرِها وكبيرِها ، ولا بدَّ أَنْ يُشاهدَ القِدْرَ(١) ؛ لأَنَّ الغَرضَ يَختلِفُ بٱختلافِ صَغيرِها وكبيرِها ، ويُشاهِدَ بئرَ الحمّامِ ؛ لأَنَّ البئرَ إذا كانتْ عميقةً وبعيدةً مِنَ الحَمّامِ . . كانتْ أَكثرَ مَؤنةً مِنَ القريبةِ القليلةِ العُمقِ ، ويُشاهِدَ موضعَ الوَقودِ ، ومطرحَ الرَّمادِ ، والموضعَ الذي يَستنقِعُ فيهِ الماءُ إذا خَرجَ مِنَ الحمّامِ ؛ لأَنَّهُ إذا كانَ بعيداً عميقاً . . ذهبَ الماءُ سريعاً ، وإذا كانَ قريباً مِنَ الحمَّامِ غيرَ عَميقٍ . . ٱمتلأَ تُراباً .

وكذٰلكَ : إذا أَرادَ أَنْ يَشتريَ حمّاماً . . فلا يصحُّ حتّىٰ يُشاهِدَ جميعَ هٰذهِ المواضعِ ؛ لِمَا ذكرْناها .

فرعٌ : [الاستئجار ليعلمه سورةً مّا من القرآن] :

وإنِ ٱستأجرَهُ علىٰ أَنْ يُعلِّمَهُ سورةً مِنَ القُرآنِ . . لَمْ تصحَّ حتّىٰ يُعيِّنا السُّورةَ ؛ لأَنَّ السُّورَ تَختلفُ ، وإنِ ٱستأجرَهُ ليعلِّمَهُ عَشرَ آياتٍ مِنْ سُورةٍ بعينِها . . فهلْ يَصحُّ مِنْ غيرِ أَنْ يُعيِّنَ آياتٍ منها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يصحُّ ؛ لِما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ ـ في المرأَةِ التي لَهُ وَهبتْ نفسَها ـ لرجلٍ : « ما تحفظُ مِنَ القُرآنِ ؟ » قالَ : سُوْرَةَ البَقَرَةِ وَالتي تَلِيْهَا ، قالَ : « قُمْ فَعَلِّمْهَا عِشْرِينَ آيَةً ، وهيَ ٱمْرَأَتُكَ »(٢) .

---

(١) **قِدْر الحمام** : يعبّر عنها بالحَلَّة ، وتكون واسعة القعر لتتسع لأخذ أكثر قدْرٍ ممكن من النار ، ثُم هناك مخرج يليها لخروج الدخان الحارِّ ، وهناك أيضاً توجد حَلَّة أخرىٰ تكون لتأخذ قوّة حرِّ الدخان لأجل تسخين الماء ، ثم يمرُّ الدخان هكذا تحت بناء الحمام ليدفىء أرضه ، وأخيراً يخرج الدخان من جهة مدخل الحمام ، ثم ينطلق إلىٰ سطحه ، عن طريق المدخنة إلىٰ الفضاء .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة أبو داود (٢١١٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/ ٢٤٢) في النكاح .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأنَّ الأعشارَ تَختلفُ .

وأمّا الخبرُ : فقد رُوِيَ : أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرآنِ »[١] .

وإنْ صحَّ الخبرُ . . حَملْناهُ علىٰ : أنّهُ عقدَ لهُ النكاحَ بتعليمِ عشرينَ آيةً معيَّنةً ، وإنَّما أعادَ ذكرَ ذٰلكَ . . حِكايةً لِمَا وَقعَ عليهِ العقدُ ، بدليلِ : أنَّ قولَهُ : « قُمْ فَعَلِّمْهَا عِشْرِيْنَ آيَةً ، وهِيَ ٱمْرَأَتُكَ » ليسَ بنكاحٍ .

وهلْ تفتقرُ صحَّةُ الإجارةِ علىٰ تعليمِ القُرآنِ إلىٰ أنْ يُعيِّنَ الحرفَ الَّذي يُعلِّمُهُ إيّاهُ ، كحرفِ نافعٍ ، أو ٱبنِ كثيرٍ ، أو غيرِهما[٢] ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يَفتقرُ إليهِ ؛ لمَا رُوِيَ : أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ للرَّجلِ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرآنِ » . ولَمْ يُفرِّقْ ، ولأنَّ هٰذهِ الحروفَ كلَّها مأثورةٌ عَنِ النبيِّ ﷺ منزَّلةٌ عليهِ ، فجازَ أنْ يُعَلِّمَهُ ما شاءَ مِنها ، كما لَوِ ٱشترىٰ منهُ قَفِيزاً مِنْ صُبرةٍ . . فإنَّ لهُ أنْ يَدفعَ إليهِ القَفِيزَ مِنْ أيِّ جانبٍ شاءَ منها .

والثاني : لا تَصحُّ الإجارةُ حتّىٰ يُبيِّنَ الحرفَ ؛ لأنَّ بَعضَ القِراءَاتِ[٣] أَشدُّ مِنْ بَعضٍ ، وبعضَها[٤] أكثرُ مِنْ بعضٍ .

---

(١) أخرجه بألفاظ متقاربة عن سهل بن سعد مالك في « الموطأ » (٢/٥٢٦) ، والبخاري (٢٣١٠) في الوكالة ، ومسلم (١٤٢٥) ، وأبو داود (٢١١١) ، والترمذي (١١١٤) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٣٥٩) ، وابن ماجه (١٨٨٩) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٧١٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/٢٤٢) في النكاح . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . وقد ذهب الشافعي إلىٰ هٰذا الحديث ، فقال : إن لم يكن له شيء يُصدِقها ، فتزوجها علىٰ سورة من القرآن . . فالنكاح جائز ، ويعلمها سورة من القرآن .

وقال بعض أهل العلم : النكاح جائز ، ويجعل لها صداق مثلها ، وهو قول أهل الكوفة ، وأحمد ، وإسحاق .

(٢) القراء السبعة المشهورون بحروفهم في العالم الإسلامي هم : نافع وهو قارىء المدينة المنورة ، وابن كثير وهو قارىء مكة المكرمة ، وأبو عمرو البصري وهو قارىء البصرة ، وابن عامر وهو قارىء الشام ، وقراء الكوفة هم : عاصم ، والكسائي ، وحمزة .

(٣) في (م) : (القرآن) .

(٤) أي : الآيات قد تكون أطول مدوداً . أو المراد : أن في بعض الأحرف من القراءات أكثر صعوبة في الأداء من غيرها .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وقيلَ : إِنَّ قراءةَ ٱبنِ كثيرٍ أَكثرُ مِنْ قراءةِ غيرِهِ ، وإِذا كانَ كذٰلكَ ، وكانَ الإِطلاقُ مجهولاً . . فلَمْ تصحَّ .

فرعٌ : [نسيان المستأجر ما تعلمه أو بعضه] :

وإِنِ ٱستأجرَهُ علىٰ أَنْ يعلِّمَهُ سورةً أَو آياتٍ معلومةً ، فإِنْ عَلَّمهُ ثلاثَ آياتٍ ، ثمَّ نسيَها المستأجِرُ . . لَمْ يَلزمِ الأَجيرَ إِعادةُ التعليمِ ، وَجهاً واحداً .

وإِنْ علَّمهُ بعضَ آيةٍ ، فنسيَها المستأجِرُ قبلَ أَن يَفرغَ مِنْ تعليمِ باقيها . . لزمَ الأَجيرَ إِعادةُ تعليمِها ، وَجهاً واحداً ؛ لأَنَّ بعضَ الآيةِ لا يقعُ بهِ الإِعجازُ .

وإِنْ علَّمهُ آيةً أَو آيتينِ ، فنسيَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يكونُ المستأجِرُ قابضاً ، فيلزَمُ الأَجيرَ إِعادةُ التعليمِ ؛ لأَنَّ الإِعجازَ لا يقعُ بأَقلَّ مِنْ ثلاثِ آياتٍ ؛ لأَنَّهُ قُدِّرَ به سورةٌ قصيرةٌ[(١)] .

والثاني : يكونُ المستأجِرُ قابضاً ؛ لأَنَّ الآيةَ[(٢)] مِن جنسِ[(٣)] الإِعجازِ ، فأَشبهتِ الثلاثَ .

فرعٌ : [الاستئجار مدة لتعليم القرآن] :

وإِنِ ٱستأجرَهُ ليُعلِّمَ ٱبنَهُ الصغيرَ القرآنَ مدَّةً معلومةً . . صحَّتِ الإِجارةُ .

وهلْ تدخلُ الجُمَعُ في المُدَّةِ مِنْ غيرِ أَنْ يستثنيَها ؟ سَمعتُ شيخَنا الإِمامَ زيدَ بنَ عبدِ اللهِ اليَفاعيَّ رحمةُ اللهِ عليهِ يقولُ : يُحتمَلُ أَنْ تكونَ علىٰ وجهينِ مأخوذَينِ مِنَ الوَجهينِ فيمَنِ ٱستأجرَ ظهراً ليَركَبهُ في طريقٍ ، وقد جَرتِ العادةُ بأَنْ يَنزلَ الراكبُ في بعضِ تلكَ الطَّريقِ للرَّواحِ عنِ الدابَّةِ ، هلْ يَلزمُ المُكتريَ ذٰلكَ بالإِطلاقِ ؟

---

(١) وذلك موجود في سورة (الكوثر) حيث جمعت من الإعجاز : البشارة ، والمغيّب ، والحكم بإثبات صلاة العيد والأضحية و . . .

(٢) أي : الطويلة التي تكفي في قراءة الصلاة ؛ لأنها غالباً تحتوي على أنواع من الإعجاز .

(٣) في نسخة : (شبه) .

مسأَلةٌ : [الاستئجار لأحد المناسك] :

وإِنِ ٱستأجَرَهُ للحجِّ والعُمرةِ. . لَمْ تَصِحَّ حتّىٰ يُبيِّنَ أَنَّهُ إِفرادٌ ، أَو تَمَتُّعٌ ، أَو قِرَانٌ ؛ لأنَّ الغَرضَ يختلفُ بٱختلافِ ذٰلكَ . وهلْ تَفتقرُ صحَّةُ الإِجارةِ إِلىٰ أَنْ يُبيِّنَ موضعَ الإِحرامِ ؟ ذَكرَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في موضعٍ : (أَنَّ ذٰلكَ شرطٌ) ، وذَكرَ في موضعٍ آخرَ : (أَنَّ ذٰلكَ ليسَ بشرطٍ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ ثلاثِ طرقٍ :

فـ **[الطريقُ الأول]** : **ذهبَ أَكثرُهُم إِلىٰ** : أَنّها علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : أَنَّ ذٰلكَ شرطٌ ؛ لأنَّ الغَرضَ يختلفُ بٱختلافِ الميقاتِ ، وتَختلِفُ الأُجرةُ بٱختلافِ المواقيتِ .

والثاني : أَنَّ ذٰلكَ ليسَ بشرطٍ ؛ لأنَّ لَه عُرفاً في الشَّرعِ ، وهو ميقاتُ البلدِ ، فٱنصرفَ إِليهِ الإِطلاقُ ، كمَنْ باعَ بنقدٍ مطلَقٍ في بلدٍ فيهِ نَقدٌ غالبٌ .

و **[الطريقُ الثاني]** : منهُم مَنْ قالَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فحيثُ قالَ : (يُشترطُ ذكرُ موضعِ الإِحرامِ) إِذا كانَ للبلدِ مِيقاتانِ مختلفانِ .

وحيثُ قالَ : (لا يُشترطُ) أَرادَ : إِذا لَمْ يكنْ للبلدِ إِلاَّ مِيقَاتٌ وَاحدٌ .

و **[الطريقُ الثالث]** : منهُم مَنْ قالَ : هيَ علىٰ حالينِ آخرينِ :

فحيثُ قالَ : (يُشترطُ) إِذا كانَ الحجُّ عَنْ حَيٍّ ؛ لأنَّ لَهُ ٱختياراً يَرجِع إِليهِ .

وحيثُ قالَ : (لا يُشترطُ) إِذا كانَ المحجُوجُ عنهُ ميْتاً ؛ لأَنَّهُ لا يُمكنُ الرجوعُ إِلىٰ ٱختيارِهِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ قُلنا : لا يُشترطُ بيانُ موضعِ الإِحرامِ ، فإِنْ شَرطَ علىٰ الأَجيرِ أَنْ يُحرِمَ مِنْ موضعٍ ، إِمّا مِنَ الميقاتِ ، أَو قبلَهُ . . لزمَهُ ذٰلكَ . وإِنْ أَطلَقَ . . لزمَهُ الإِحرامُ مِنْ ميقاتِ ذٰلكَ البلدِ .

وإِنْ قُلنا : يُشترطُ بيانُ موضعِ الإِحرامِ ، فإِنْ عيَّنَ الميقاتَ أَو قبلَهُ . . لَزِمَهُ أَنْ يُحرِمَ

منهُ ، وإنْ عيَّنَ لَهُ دونَ الميقاتِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ يمرُّ علىٰ الميقاتِ وهوَ مريدٌ للنُسُكِ بلا إحرامٍ ، وإنْ أطلقَ . . كانتِ الإجارةُ فاسدةً .

فإنْ أحرمَ الأجيرُ عنِ المستأجِرِ . . انعقدَ الإحرامُ عنِ المستأجِرِ ؛ لأنَّهُ فعلَهُ عنهُ بإذنِهِ ، فوقعَ عنهُ وإنْ كانَ العقدُ فاسداً ، كما لَو وَكَّلهُ وَكالةً فاسدةً ليشتريَ لَهُ عيناً ، فاشتراها لَه . . فإنَّ المِلكَ فيها للموكِّلِ .

مسألةٌ : [إجارة الحليّ] :

ولا تصحُّ الإجارةُ إلاَّ بأُجرةٍ معلومةٍ ؛ لقولِهِ ﷺ : « مَنِ ٱسْتَأْجَرَ أَجِيْرَاً . . فَلْيُبَيِّنْ لَهُ أُجْرَتَهُ »[1] ، ولأنَّهُ عَقدٌ يُقصَدُ بهِ العِوَضُ ، فلَمْ يصحَّ مِن غيرِ ذكرِ العِوَضِ ، كالبيعِ ، وفيهِ احترازٌ مِنَ النكاحِ ؛ لأنَّهُ لا يُقصدُ بهِ العِوَضُ .

ويَجوزُ أَنْ يستأجِرَ حُليَّ الذهبِ بالذهبِ والفضَّةِ ، وحليَّ الفضَّةِ بالفضَّةِ والذهبِ .

قالَ الصَيمريُّ : ومِنْ أَصحابِنا مَنْ توقَّفَ في إجارةِ حليِّ الذهبِ بالذهبِ ، وحليِّ الفضَّةِ بالفضَّةِ . وليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّ المعقودَ عليهِ هوَ منفعةُ الذهبِ لا عينُ الذهبِ ، فلَمْ يكنْ فيهِ رِباً .

فرعٌ : [استئجار منفعة عين بمنفعة عين أخرىٰ] :

ويجوزُ أَنْ يَستأجِرَ منفعةَ عينٍ بمنفعةِ عينٍ أُخرىٰ ، سواءٌ كانتْ مِنْ جنسِها أَو مِنْ غيرِ جنسِها .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ أَنْ تكونَ المنفعتانِ مِنْ جنسٍ ، بأَنْ يستأجِرَ داراً بمنفعةِ دارٍ أُخرىٰ ، فإنْ كانتا مختلفتينِ ، بأَنْ يَستأجِرَ منفعةَ عبدٍ بمنفعةِ دارٍ . . صحَّ) .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن أبي سعيد أحمد في « المسند » (٣/ ٧١) ، وأبو داود في « المراسيل » (١٨١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٢٠) . قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨١) : قال أبو زرعة ، وأبو حاتم : الصحيح : موقوف ؛ لأن الثوري أحفظ . وفيه : أنه لا بد أن تكون الأجرة والعمل معلومين ، ولا يجوز أن يكون واحد منهما مجهولاً ؛ لما فيه من الغرر ، وقد نهي عنه .

ودليلُنا : أَنَّهما منفعتانِ يجوزُ إجارتُهما ، فجازَ أَنْ يستأجِرَ إِحداهُما بالأُخرىٰ ، كما لَو كانتا مختلفتينِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فلا تصحُّ الإجارةُ إِلاَّ بأُجرةٍ معلومةِ القَدْرِ ؛ لِمَا ذكرناهُ مِنَ الخبرِ ، ولأنَّهُ عَقدُ مُعاوَضةٍ . . فلَمْ يصحَّ بعِوَضٍ مجهولٍ ، كالبيعِ .

فإنِ ٱستأجَرَ أَجيراً كلَّ يومٍ بطعامٍ معلومٍ ، مِنْ بُرٍّ ، أَو ذُرَةٍ ، أَو شعيرٍ ، أَو غيرِ ذٰلك مِمّا يجوزُ السلَمُ فيهِ . . صحَّ ؛ لأنَّهُ عِوضٌ يجوزُ أَنْ يكونَ ثمناً في البيعِ ، فجازَ أَنْ يكونَ عِوَضاً في الإِجارةِ ، كالدراهمِ والدنانيرِ .

وإنِ ٱستأجرَهُ بطعامِهِ الَّذي يأكلهُ كلَّ يومٍ وكِسوتِهِ . . لَمْ تصحَّ الإِجارةُ ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ ذٰلكَ في إِجارةِ المرضعةِ وَحدَها) .

وقالَ مالكٌ ، وأَحمدُ : (يجوزُ ذٰلكَ في كلِّ أَجيرٍ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا عِوضٌ في عقدٍ . . فلَمْ يَجُزْ أَنْ يكونَ مجهولاً ، كالبيعِ .

وعلىٰ أَبي حنيفةَ : أَنَّ كلَّ ما لا يجوزُ أَنْ يكونَ أُجرةً في غيرِ الرضاعِ . . لا يجوزُ أَنْ يكونَ أُجرةً في الرَّضاعِ ، كالدراهمِ المجهولةِ .

فإنْ قالوا : فقدْ قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] إِلىٰ أَن قالَ : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

قُلنا : المرادُ بهٰذا : بيانُ نفقةِ الزوجةِ ، فنصَّ علىٰ وجوبِ نفقتِها في حالةِ الإِرضاعِ ؛ ليُنبِّهَ علىٰ وجوبِها في كلِّ حالٍ ؛ لأَنَّها إِذا وَجبتْ معَ تشاغُلِها بالإِرضاعِ ، فمعَ عدمِ التشاغلِ أَولىٰ .

فرعٌ : [الاستئجار لحمولة معيَّنة] :

فإنْ قالَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي هٰذهِ الصُّبرةَ بعشرةِ دراهمَ . . صحَّ ، كما لوِ ٱشتراها بعشرةِ دراهمَ .

وإنْ قالَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي هٰذهِ الصُّبرةَ ، كلَّ قفيزٍ بدرهمٍ . . صحَّتِ

الإجارةُ ؛ لأنَّ جملةَ الصبرةِ معلومةٌ ، وأَجزاءَ الأُجرةِ معلومةٌ ، بخلافِ ما لو قالَ : أَجَّرتُكَ هٰذهِ الدارَ : كلَّ شهرٍ بدرهمٍ . . فإنَّهُ لا يصحُّ ؛ لأنَّهُ ليسَ للشهورِ غايةٌ تنتهي إليها ، ولقُفزانِ الصُّبرةِ حَدٌّ يُعلمُ بالتفصيلِ .

وإنْ قالَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي هٰذهِ الصُّبرةَ كلَّ عشرةِ أَقفزةٍ بعشرةِ دراهمَ ، وما زادَ فبحسابِ ذٰلكَ . . صحَّتِ الإجارةُ ؛ لأنَّ أجزاء الأُجرةِ قدْ عُلمتْ ، وأَنَّ كُلَّ قفيزٍ في مقابلِهِ[1] درهمٌ ، وما زادَ بحساب ذٰلكَ ، فهوَ كما لو قالَ : لتحملَ لي هٰذهِ الصبرةَ كلَّ قفيزٍ بدرهمٍ . فإنْ قالَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي مِنْ هٰذهِ الصبرةِ كلَّ قفيزٍ بدرهمٍ . . لَمْ تصحَّ ؛ لأنَّ (مِنْ) للتبعيضِ ، ولايدري كمْ يحملُ منهَا ؟

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ : (ولوِ ٱكترىٰ حِمْلَ مِكْيَلَةٍ ، وما زادَ فبحسابهِ . . فهوَ في المِكيَلَةِ جائزٌ ، وفي الزيادةِ فاسدٌ ، وَلَهُ أُجرةُ مثلِهِ) . وٱختلفَ أَصحابُنا في تأويلِها :

فقالَ أَبو إسحاقَ المَروَزيُّ : تأويلُها : هو أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لتحمِلَ لي هٰذهِ الصُّبرةَ كلَّ قفيزٍ بدرهمٍ ، وتحملَ لي صبرةً أُخرىٰ ـ لَم يُشاهِدها الأَجيرُ ـ بهٰذا الحسابِ ، أَي : ما زادَ علىٰ الصبرةِ المُشاهَدةِ فبحسابِها . . فتصحُّ الإجارةُ في المشاهَدةِ ، وتبطلُ في التي لَم يرها ، ولا يكونُ في الحاضِرةِ قولانِ ؛ لأَنَّهُما صفقتانِ ، فلا تَبطلُ إِحداهُما لبطلانِ الأُخرىٰ . ولو قالَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي هٰذهِ الصُّبرةَ والصُّبرةَ الأُخرىٰ كلَّ قَفيزٍ بدرهمٍ . . لبطَلَ العقدُ في الغائبةِ ، وفي الحاضرةِ قولانِ .

ومنهم مَنْ قالَ : تأويلُها : أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي هٰذهِ الصبرةَ ـ وهيَ عشرةُ أَقفزةٍ ـ كلَّ قفيزٍ بدرهمٍ ، وما زَادَ فبحسابِ ذٰلكَ . . فتصحُّ في العشرةِ ؛ لأنَّها مُتحقَّقةٌ ، ولا تصحُّ في الزيادةِ ؛ لأنَّها مبهمةُ[2] الوجودِ .

ومنهم مَنْ قالَ : تأويلُها : أَنْ تكونَ لَهُ صُبرةٌ حاضرةٌ ، فقالَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ هٰذهِ الصبرةَ كلَّ قفيزٍ بدرهمٍ ، فإنْ قَدِمَ لي طعامٌ فحمالتَهُ فبحسابِ ذٰلكَ . . فتصحُّ في

---

(١) في (م) : (مقابلته) .
(٢) في (م) : (متوهمة) .

الصبرةِ وما يحملُهُ بعدَ ذٰلكَ ، فقد وعدهُ بأَنْ تكونَ أُجرتُهُ مثلَ ذٰلكَ ، فلا يؤثِّرُ في العقدِ ، ولا يلزمُهُ الوعدُ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : تأويلُها : أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ لتحملَ لي هٰذهِ الصبرةَ كلَّ عشرةِ أَقفزةٍ بعشرةِ دراهمَ ، وما زادَ فبحسابِ ذٰلكَ . . فيجوزُ في العشرةِ ، ولا يجوزُ فيما زادَ عليها . وهٰذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّا قدْ قُلنا : إنَّ هٰذا عقدٌ صحيحٌ .

فرعٌ : [الاستئجار للطحن أو للرعي بجزءٍ من كلٍّ] :

قالَ أَبو عليٍّ في « الإفصاحِ » : إِذا ٱستأجرَهُ ليطحنَ لَهُ حنطةً بربعها . . لم يصحَّ . وإنِ استأجره ليطحن له ثلاثةَ أَرباعِها برُبعِها . . صحَّ .

قلتُ : وعلىٰ قياسِ ما قالَ أَبو عليٍّ الطبريُّ : إذا ٱستأجرَهُ ليرعىٰ له بهيمةً مدَّةً معلومةً بربعِها . . لَمْ تصحَّ الإجارةُ ، وإنِ ٱستأجرَهُ ليرعىٰ لَه ثلاثةَ أَرباعِها برُبعِها . . صحَّت الإجارةُ .

فإنْ قيلَ : كيفَ يُتصوَّرُ لَه أَنْ يرعىٰ[1] ثلاثةَ أَرباعِها ؛ لأنَّهُ لا يتأتّىٰ لَه ذٰلكَ إلاَّ برعي جميعِها ؟

فالجوابُ : أَنَّهُ لا يَمتنعُ مثلُ ذٰلكَ في الإِجارةِ ، أَلاَ ترىٰ أَنَّهُ يجوزُ لَه أَنْ يستأجرَ نصفَ ظَهرٍ ليركبَهُ وإنْ كانَ لا يُتصوَّرُ إلاَّ بركوبِ جميعِهِ ، وإنَّما يملِكُ منفعةَ نصفِهِ ، ثُمَّ يتهايآنِ[2] ؟ وكذٰلكَ : لَو كانَ بينَ رجُلينِ بهيمةٌ . . جازَ لأَحدِهما أَن يَستأجرَ غيرَهُ علىٰ رعي نصيبِهِ مِنها ، ثُمَّ يكونُ القيامُ بها واجباً علىٰ الأَجيرِ والمالكِ الآخَرِ .

فرعٌ : [جواز استئجار الشريك] :

قالَ الطبريُّ : وإنْ كانَ بينَ رجُلينِ حِنطةٌ مشترَكةٌ بينهُما . . جازَ لأَحدِهما أَنْ يستأجرَ الآخَرَ علىٰ طَحْنِ نصيبِهِ منها ، أَو علىٰ حملِهِ إِلىٰ موضعٍ آخرَ .

---

(١) في (م) : (رعي) .
(٢) يتهايآن ـ مأخوذ من الهيئة ـ أي : جعلوا لكل واحدٍ هيئة معلومة ، كالنوبة في زمن مؤقت .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يصحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ مَا تقبلُ جنبيَّتُهُ[١] الإِجارةَ . . صحَّ عقدُها علىٰ ما هوَ منفعةٌ ؛ لأنَّ منفعةَ الشريكِ كمنفعةِ الدابَّةِ .

فرعٌ : [الاستئجار علىٰ جزاف] :

إِذا كانتِ الإِجارةُ مشاهَدةً ، إِلاَّ أَنَّها جُزافٌ لا يَعرِفانِ قدْرها ، مثلُ : أَنْ يَستأجِرَهُ بِصُبرةِ طعامٍ لا يَعلمانِ كَيلَها ، أَو بِملءِ كفِّهِ دراهمَ قدْ شَاهداها ولَم يَعلما عددَها . . فهل يصحُّ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ منفعةٍ في الذمَّةِ . . ففيهِ قولانِ ، كما قُلنا فيمَن أَسلمَ دراهمَ جُزافاً علىٰ طعامٍ أَو غيرِهِ .

وإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ منفعةٍ معيَّنةٍ ، مثلُ : أَنْ يستأجرَ بهيمةً ليركبَها إِلىٰ بلدٍ ، أَوِ ٱستأجرَهُ ليَخيطَ لَه بها ثوباً . . ففيهِ طريقانِ :

[**الأول**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ؛ لأنَّ الإِجارةَ عَقدٌ علىٰ معدومٍ ، فهي كالسَّلَمِ .

و [**الثاني**] : منهم من قالَ : يصحُّ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ المنافعَ أُجريتْ مجرىٰ الأَعيانِ ؛ لأنَّها متعلِّقةٌ بعينٍ حاضرةٍ ، والسَّلَمَ يتعلَّقُ بموجودٍ ومعدومٍ .

فرعٌ : [الإجارة علىٰ منفعة] :

وما عُقِدَ مِنَ الإِجارةِ علىٰ منفعةٍ معيَّنةٍ ، مثلُ : أَنْ يقولَ : أَجِّرني هٰذا الجملَ لأَركبَهُ شهراً ، أَو لأَركبَهُ إِلىٰ موضعِ كذا ، أَو أَجِّرني عبدَكَ هٰذا ليخيطَ لي هٰذا الثوبَ ، أَو ليخيطَهُ بكذ وكذا . . فيصحُّ أَنْ تكونَ الأُجرةُ في هٰذهِ الإِجارةِ معيَّنةً ، وفي الذمَّةِ .

---

(١) في نسخة : (عينه) .

(فالمعيَّنةُ) : أَنْ يقولَ : بهٰذا الدينارِ ، أَو بهٰذهِ الدراهمِ . . فيجوزُ قبضُ الدينارِ في المجلسِ ، وبعدَ التفرُّقِ منهُ .

والَّتي (في الذمَّةِ) : بأَنْ يقولَ : بعشرةِ دراهمَ في ذِمَّتي ؛ لأنَّ ذٰلكَ بمنزلةِ بيعِ العينِ بثمنٍ مُعيَّنٍ ، وبثمنٍ في الذمَّةِ ، فإذا كانتِ الأُجرةُ في هٰذهِ الإجارةِ في الذمَّةِ . . نَظرتَ : فإنْ شَرطا تعجيلَها . . وَجبَ تعجيلُها ، وإنْ شَرطا تأجيلَها . . كانتْ مؤجَّلَةً ، وإنْ أَطلقا ذٰلكَ . . كانتْ معجَّلَةً ، ووَجبَ تسليمُها .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إذا أَطلقا ذٰلكَ . . فالقياسُ يقتضي : أَنَّ المُكتريَ كلَّما قبضَ جُزءاً مِنَ المنفعةِ . . وَجبَ عليهِ تَسليمُ ما في مقابلِهِ مِنَ الأُجرةِ ، وَلكنْ يَشقُّ ذٰلكَ) .

فعلىٰ هٰذا : يجبُ كلَّما مضىٰ يومٌ مِنَ المدَّةِ . . وجبَ تَسليمُ ما في مُقابلتِهِ مِنَ الأُجرةِ ، وٱحتجَّ بقولهِ ﷺ : « أَعْطُوْا ٱلأَجِيْرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ رَشْحُهُ[1] » ، ورُوِيَ : « عَرَقُهُ » .

ودليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ لَو شُرِطَ فيهِ تعجيلُ العِوَضِ . . كانَ معجَّلاً ، فٱقتضىٰ إطلاقُهُ تعجيلَ العِوَضِ ، كالبيعِ .

وقولُنا : (لَو شُرِطَ فيهِ تعجيلُ العِوَضِ . . كانَ معجَّلاً) ٱحترازٌ مِنَ القِراضِ والكتابةِ ، فإنَّ القِراضَ لو شُرِطَ فيهِ تعجيلُ العِوَضِ . . لَمْ يتعجَّل ، ولو شُرِطَ في الكتابةِ تعجيلُ العِوَضِ . . لبطَلَتْ .

وأَمّا الخبرُ : فنحملُهُ علىٰ إذا شَرطَ تعجيلَ الأُجرةِ[2] ، بأَنْ يستأجرَهُ يوماً ، ويشترطَ تأجيلَ[3] الأُجرةِ إلىٰ آخرِ اليومِ ، وعلىٰ أنَّ الأجيرَ قدْ يَعرَقُ بٱبتداءِ العملِ .

فإنْ قبضَ المستأجِرُ العينَ التي ٱستأجرَها ، وٱستوفىٰ المنفعةَ منها ، أَو عَملَ الأَجيرُ العملَ الَّذي ٱستُؤجِرَ عليهِ . . ٱستقرَّتِ الأُجرةُ ، كما قُلنا فيمنِ ٱشترىٰ عيناً وقبَضها . . فإنَّ الثمنَ يستقرُّ عليهِ .

---

(١) رشحه ، يقال : رشح يرشَح بالفتح رشحاً ، أي عرقه ، كما في الرواية الآتية .
(٢) في (م) : (فنحمله عليه إذا شرط تأجيل الأجرة).
(٣) في نسخة : (تعجيل) .

وإنْ قبضَ المستأجِرُ العينَ المستأجَرةَ ، ومضىٰ زمانٌ يمكنُهُ أنْ يَستوفيَ منها[١] منفعتَهُ ولَمْ يستوفِها ، أو جاءَ المؤاجِرُ بالعينِ المؤاجَرةِ وعرَضها علىٰ المستأجِرِ فلمْ يقبِضْها ، ومضىٰ زمانٌ قد كانَ يمكنُهُ ٱستيفاءُ المنفعةِ فيهِ . . ٱستقرَّ علىٰ المستأجِرِ المسمّىٰ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يستقرُّ عليهِ حتّىٰ يستوفيَ المنفعةَ) .

دليلُنا : أنَّهُ مكَّنهُ مِنَ الاستيفاءِ . . فوجبَ عليهِ البَدَلُ ، كالمبيعِ إذا تلِفَ في يدِ المشتري .

فرعٌ : [الانتفاع بعين مستأجرة بأجرة فاسدة] :

فإنِ ٱستأجرَ عيناً إجارةً فاسدةً وقبضَها ، فإنِ ٱنتفعَ بِها المستأجِرُ . . وجبَ عليهِ أُجرةُ المِثلِ ، وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يجبُ عليهِ أقلُّ الأمرينِ مِنَ المسمّىٰ ، أو أُجرةِ المِثلِ) .

دليلُنا : أنَّ ما ضُمِنَ بالمُسمّىٰ في العقدِ الصحيحِ . . ضُمِنَ بجميعِ القيمةِ في العقدِ الفاسدِ ، كبيعِ الأعيانِ .

وإنْ لَمْ يَنتفعْ بها المستأجِرُ . . وجبتْ عليهِ أُجرةُ المِثلِ ، وبهِ قالَ مالكٌ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يجبُ عليهِ شيءٌ) .

دليلُنا : أنَّ كلَّ ما لو تلِفَ تحتَ يدِهِ بعقدٍ صحيحٍ ضمنَهُ . . وجبَ أنْ يَضمنَهُ إذا تَلِفَ تَحتَ يدِهِ بعقدٍ فاسدٍ ، كالأعيانِ في البيعِ ، وعكسُهُ الأعيانُ في الهبةِ ، فإنَّها لمّا لَمْ يَضمنْها إذا تلفتْ تحتَ يدهِ بهبةٍ صحيحةٍ . . لَم يضمنْها إذا تَلِفَتْ تحتَ يدِهِ بهبةٍ فاسدةٍ[٢] .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ الشيخَ أبا إسحاقَ ذكرَ في « المهذَّبِ » : إذا ٱستأجرَ عيناً إجارةً

(١) في (م) : (فيه) .
(٢) في (م) : (باطلة) .

صحيحةً ، وقبضَها ، ومضىٰ زمانٌ[١] يمكنُهُ فيهِ الاستيفاءُ . . ٱستقرَّ عليهِ المسمّىٰ . وإنْ عُرضتْ عليهِ العينُ المستأجَرةُ ، ومضىٰ زمانٌ يمكنُهُ الاستيفاءُ . . ٱستقرَّتِ الأُجرةُ . ثُمَّ قالَ بعدَ هٰذا : فإنْ كانَ هٰذا في إجارةٍ فاسدةٍ . . ٱستقرَّتْ عليهِ أُجرةُ المِثلِ .

قُلتُ : والَّذي يقتضي المذهبُ : أَنَّ هٰذهِ المسأَلةَ في الإجارةِ الفاسدةِ إِنَّما تكونُ معطوفةً علىٰ الأُولىٰ ، وهوَ إذا قَبضَ العينَ ، لا علىٰ الثانيةِ ، وهوَ إذا عرضَ عليهِ العينَ ؛ لأنَّ الأُجرةَ إِنَّما تستقرُّ عليهِ لأَحدِ أَمرينِ : إمّا أَنْ يكونَ العقدُ صحيحاً ، أَو يتمكَّنَ مِنِ ٱستيفاءِ المنفعةِ ، أَو بأَنْ تتلَفَ المنفعةُ تحتَ يدِهِ ، ولم يُوجدْ هاهُنا أَحدُهما .

مسأَلةٌ : [ما يستأجر في الذمة يدفع حالاً] :

وما عُقِدَ مِنَ الإجارةِ علىٰ منفعةٍ في الذمَّةِ . . فيجوزُ أَنْ تكونَ المنفعةُ حالَّةً ، ولا يجوزُ أَنْ تكونَ المنفعةُ مؤجَّلةً ، مثلُ : أَنْ يَقولَ : ٱستأجرتُكَ علىٰ تعجيلِ خياطةِ هٰذا الثوبِ حالاً . ويجوزُ أَنْ تكونَ المنفعةُ مؤجَّلةً ، مثلُ : أَنْ يقولَ : ٱستأجرتُكَ علىٰ تحصيلِ خياطةِ هٰذا الثوبِ إلىٰ أَوَّلِ شهرِ كذا ؛ لأنَّ المنفعةَ في الذمَّةِ كالمسلَمِ فيهِ ، والمسلَمُ فيه يصحُّ أَنْ يكونَ حالاً وَمؤجَّلاً ، وإنْ أَطلقَ ذٰلكَ . . ٱقتضىٰ الحُلولَ ، كما قُلنا في السلمِ إذا لَمْ يَذكرْهُ مؤَجَّلاً .

وتنعقدُ هٰذهِ الإجارةُ بلفظِ السلَمِ ، فيقولُ : أَسلمتُ إليكَ[٢] ديناراً في ذمَّتي ، أَو هٰذا الدينارَ بمنفعةِ ظَهرٍ مِنْ صفتِهِ كذا وكذا ؛ لأَركبَهُ إلىٰ بلدِ كذا وكذا ، وتنعقدُ بلفظِ الإجارةِ ، بأَنْ يقولَ : أَجِّرني ظَهراً مِن صفتِهِ كذا وكذا ؛ لأَركبَهُ إِلىٰ موضعِ كذا .

وسُئِلَ الشيخُ أَبو حامدٍ عمَّن قالَ : ٱستأجرتُ منكَ ظَهراً في ذمَّتكَ ، مِن صفتِهِ كذا وكذا ؛ لأَركبَهُ شهراً ، أَتسلَّمُهُ إِلىٰ أَوَّلِ الشهرِ الفلانيِّ غيرَ متَّصلٍ بالعقدِ ؟ فتوقَّفَ ، وقالَ : أَنا أَنظرُ فيهِ ، فقالَ بعضُ أَصحابهِ : عندي أَنَّهُ يجوزُ ؛ لأَنَّ المنفعةَ في هٰذهِ

(١) في (م) : (مضت مدة يمكنه فيها) .
(٢) في نسخة : (إليه) .

الإجارةِ يصحُّ أَنْ تتقدَّرَ بالمدَّةِ وبالعملِ ، فلمّا جازَ أَنْ تتقدَّرَ بالعملِ . . جازَ أَنْ تتقدَّرَ بالمدَّةِ ، ولا يجوزُ أَنْ تكونَ الأُجرةُ هاهُنا مؤَجَّلَةً ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نَهىٰ عَن الكَالىءِ بالكالىءِ) . و (الكالىءُ بالكَالىءِ) : هو بيعُ النسيئةِ بالنسيئةِ ، ولأَنَّ هٰذهِ الإجارةَ في معنىٰ المسلَمِ فيهِ ، ورأسُ مالِ السلَمِ لا يصحُّ أَنْ يكونَ مؤجّلاً . وهلْ يُشترطُ هاهُنا قبضُ الأُجرةِ في المجلسِ قبلَ أَن يتفرَّقا ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ عَقدَ الإجارةَ بلفظ السلَمِ . . اشتُرِطَ قبضُ الأُجرةِ قبلَ أَن يتفرَّقا ، كما قُلنا في السلَمِ .

وإنْ عقدَ بلفظِ الإجارةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يُشترطُ قبضُهُ في المجلسِ قبلَ التفرُّقِ ٱعتباراً باللَّفظِ .

والثاني : يُشترطُ قبضُهُ قبلَ التفرُّقِ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي إسحاقَ ٱعتباراً بالمعنىٰ ، ومثلُ هٰذينِ الوجهينِ الوجهانِ في قبضِ رأسِ مالِ السلَمِ في المجلسِ إذا عُقدَ السلَمُ بلفظِ البيعِ ، وقدْ مضىٰ ذكرُهما .

فرعٌ : [ٱستيفاء المنفعة يوجب المسمىٰ من الأجرة] :

فإنِ ٱستأجرَ منهُ ظَهراً في ذمَّتِهِ ليركبَهُ إلىٰ بلدٍ ، أَو ليركبَهُ شهراً ، فأَحضرَ المؤَاجِرُ ظهراً ، وقبضَهُ المستأجِرُ ، وركبهُ إلىٰ تلكَ البلدِ ، أَو إلىٰ مثلِها ، أَو ركِبهُ شهراً . . ٱستقرَّ عليهِ المسمّىٰ ؛ لأَنَّهُ ٱستوفىٰ المعقودَ عليهِ .

وإنْ لَمْ يركبْهُ ، وأَمسكهُ في يدِهِ زماناً يمكنُهُ ٱستيفاءُ المعقودِ عليهِ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ الأُجرةَ تستقرُّ ، ويَلزمُهُ أَنْ يَرُدَّ الظَهرَ ؛ لأَنَّ منفعةَ الظهرِ تلِفتْ تحتَ يدِهِ ، فهوَ كما لوِ ٱستوفاها .

وإنْ عَرضَ المؤَاجِرُ الظهرَ علىٰ المستأجرِ ، فٱمتنعَ مِن قبضِهِ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ المؤاجِرَ يَرفعُ الأمرَ إلىٰ الحاكمِ ليقبِضَ لَه الظهرَ منهُ ، فإنْ ركبَهُ المستأجِرُ ، وإلاَّ . . أَجَّرهُ الحاكمُ لَه ، كما قُلنا فيمَنْ أَسلمَ إلىٰ رجلٍ في شيءٍ فأَحضرَ المسلَمُ إليهِ المسلَمَ فيهِ ، فٱمتنعَ المسلِمُ مِن قبضِهِ .

فرعٌ : [الاستئجار علىٰ تحصيل الحج] :

وإنِ ٱستأجرَهُ علىٰ تحصيلِ حجٍّ . . جازَ أَنْ يكونَ علىٰ حجٍّ في هٰذهِ السنةِ ، وجازَ أَنْ يكونَ علىٰ حجٍّ في سنةٍ بعدَها ، كما قُلنا في الإجارةِ علىٰ الأعمالِ في الذمَّةِ . فإنْ عيَّنَ الحجَّ في سنةٍ ، فمضتْ تِلكَ السنةُ ، ولَم يَحُجَّ الأَجيرُ . . لَم تنفسخِ الإجارةُ ؛ لأَنَّ هٰذهِ السنةَ مَحِلُّها ، ولَم يتعيَّنْ بها ، فصارَ بمنزلةِ تأخيرِ الدَّينِ عن محلِّهِ . وهل للمُستأجِرِ الخيارُ في فَسخِ الإجارةِ ؟

قالَ أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ : إِنْ كانتِ الإجارةُ عَنْ ميْتٍ . . لَم يكنْ للمستأجرِ فسخُ الإجارةِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُهُ التصرُّفُ في الأُجرةِ ، ولا بدَّ مِنِ ٱستئجارِ غيرِهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إِلاَّ أَنْ يخشىٰ إِفلاسَ الأَجيرِ . . فيرفعُهُ الوصيُّ إِلىٰ الحاكمِ ؛ ليفسخَ الإجارةَ عليهِ ، ويَستردَّ منهُ الأُجرةَ .

فإِنْ قيلَ : هلاَّ قُلتُم : يجوزُ فسخُ الإجارةِ عليهِ ، ويستردُّ منهُ الأُجرةَ هاهُنا ؛ لأَنَّهُ ربَّما ٱستأجَرَ غيرَهُ بأَقلَّ منهُ ؟

قيلَ : هٰذا أَمرٌ مظنونٌ ، فلا ينفسخُ العقدُ لأَمرٍ مظنونٍ .

وإِنْ كانتِ الإجارةُ عَنْ حَيٍّ . . جازَ له فسخُ الإجارةِ ؛ لأَنَّ لَه أَنْ يتصرَّفَ في الأُجرةِ .

فرعٌ : [لا يعقد الإجارةَ علىٰ منفعة مؤجلة] :

وما عُقدَ مِنَ الإجارةِ علىٰ منفعةٍ معيَّنةٍ . . لا يجوزُ مؤَجَّلاً ، مِثلُ : أَنْ يقولَ : أَكْرِني هٰذا الظَهرَ لأَركبَهُ إِلىٰ مَوضِعِ كذا ، تُسلِّمُهُ إِليَّ أَوَّلَ الشَّهرِ الفلانيِّ منفصلاً عَنِ العقدِ . . فإِنَّ ذٰلكَ لا يصحُّ ، كما نَقولُ فيمَنْ باعَ عيناً ، وٱشترطَ تأخيرَ قبضِها عَنْ حالِ العقدِ . . فإِنَّ ذٰلكَ لا يصحُّ .

وإِنِ ٱستأجرَهُ ليحُجَّ بنفسِهِ ، فإِنْ كانَ في الحرمِ . . لَم تصحَّ هٰذهِ الإجارةُ إِلاَّ في أَشهرِ الحجِّ ؛ ليمكنَهُ الشروعُ في الحجِّ عقيبَ العقدِ ، وإِنْ كانَ في غيرِ الحرمِ . . جازَ عقدُها قبلَ أَشهرِ الحجِّ بقَدْرِ مدَّةٍ يمكنُهُ الوصولُ فيها إِلىٰ الميقاتِ أَوَّلَ أَشهرِ الحجِّ ، وهٰكذا :

إِنِ ٱستأجرَهُ ليحجَّ ماشياً ، وكانَ المُشاةُ يخرجونَ قبلَ ذٰلكَ . . جازَ العقدُ قبلَ ذٰلكَ للحاجةِ .

مسأَلةٌ : [ٱستئجار بعض منفعة] :

ويجوزُ أَنْ يكتريَ جملاً معيَّناً ليركبَهُ عُقْبَةً[١] في الطريقِ ، وتكونُ منفعتُهُ في باقي الطريقِ لمالِكهِ ، ويجوزُ أَنْ يكتريَ الرجلانِ مِنْ رجلٍ جملاً معيَّناً يتعاقبانِ عليهِ في الطريقِ .

وقالَ المزنيُّ : لا تصحُّ هٰذهِ الإجارةُ في الجَملِ المعيَّنِ ، إلاَّ أَنْ يكونَ الظهرُ موصوفاً في الذمَّةِ فتصحُّ ؛ لأَنَّ الإِجارةَ المعيَّنةَ لا يَدخلُها الأَجلُ ، وإِذا ركبَ أَحدُهما بعدَ الآخرِ . . لَم تتَّصلْ منفعةُ الثاني بالعقدِ ، فلَمْ تصحَّ .

والأَوَّلُ هوَ المنصوصُ ؛ لأَنَّ مِلكَ كلِّ واحدٍ منهُما مقارنٌ للعقدِ ، وإِنَّما يتأَخَّرُ حقُّ أَحدِهما لأَجلِ القِسمةِ ، وذٰلكَ لا يَمنعُ صحَّةَ العقدِ ، كما لوِ ٱبتاعَ رجلانِ صُبرةً بينَهُما .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ كانَ لتلكَ الطريقِ عادةٌ فيما يركبُ كلُّ واحدٍ مِنَ المتعاقدينِ ، مثلُ : أَنْ يركبَ أَحدُهما يوماً ، والآخَرُ يوماً ، أَو يركبَ أَحدُهما أَميالاً معروفةً ، والآخَرُ مثلَهُ . . حُمِلا علىٰ ذٰلكَ[٢] .

وإِنْ طلبَ أَحدُهما أَنْ يركبَ ثلاثةَ أَيّامٍ ، ويركبَ الآخَرُ[٣] ثلاثةَ أَيّامٍ . . قالَ الشافعيُّ : (لَمْ يكنْ لَه ذٰلكَ) ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ إِضراراً علىٰ الماشي وعلىٰ المركوبِ ، ولأَنَّ الإِنسانَ إِذا ركبَ وهو غيرُ تعبٍ . . خفَّ علىٰ المركوبِ ، وإِذا رَكبَ وهو بعدَ كَلالٍ[٤] وتَعَبٍ . . وقعَ علىٰ المركوبِ كالميِّتِ ، فأَتعبَ المركوبَ .

---

(١) عقبة : أي مرحلةً ، من التعاقب ، وهو : أن يركب الرجلان الراحلة ويتعاقبان ركوبها ، يركب الأول مرةً والثاني مرةً .

(٢) أي : علىٰ هٰذه الهيئة .

(٣) في (م) : (صاحبه) .

(٤) الكلال : الإعياء والثقل .

وإنْ لَم يكنْ في تلكَ الطريقِ عادةٌ فيما يركبُهُ المتعاقبانِ[١] . . لَم يصحَّ العقدُ حتّىٰ يُبيِّنا ما يَركبُهُ كلُّ واحدٍ منهُما .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولوِ ٱتّفقا علىٰ : أَنْ يركبَ كلُّ واحدٍ منهُما ثلاثةَ أَيّامٍ بثلاثةِ أَيّامٍ . . لَم يَجُزْ ؛ لِمَا فيهِ مِنَ الضررِ علىٰ المركوبِ وغيرِهِ .

وأَمّا مَنْ يَبْدَأُ بالركوبِ منهما : فإنِ ٱتَّفقا عليهِ . . فلا كلامَ ، وإلاَّ . . أُقرِعَ بينهُما ؛ لأَنَّهُ لا مَزيَّةَ لأَحدِهِما علىٰ الآخَرِ .

مسأَلةٌ : [لزوم عقد الإيجار] :

وإذا تمَّ عقدُ الإجارة . . فإنَّهُ يكونُ لازِماً ، وليسَ لأَحدِهِما أَنْ يفسخَهُ مِنْ غيرِ عيبٍ يجدُهُ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، والثوريُّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لاَ يلزمُ مِنْ جهةِ المكتري ، فمتىٰ حدثَ لَه عُذرٌ فيما ٱستأجرَ لَهُ ، مثلُ : أَنْ يستأجِرَ دُكّاناً للبَزِّ فيحترِقَ بَزُّهُ ، أو يَذهبَ رأسُ مالهِ ، أَو يفلِسَ ، أَوِ ٱكترىٰ جِمالاً للحجِّ فبدا لَهُ منعُ الحجِّ ، أَو مرضَ ، أَوِ ٱكترىٰ داراً في بلدٍ ليسكُنَها ، فخرجَ مِنْ تلكَ البلدِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . فلَهُ فسخُ الإجارةِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ عقدُ معاوضةٍ محضةٍ لازمٌ مِنْ أَحدِ الطرفينِ ، فكانَ لازماً مِنَ الطرفِ الآخَرِ ، كالبيعِ .

فقولُنا : (عقدُ معاوَضةٍ) احترازٌ مِنَ الرهن .

وقولُنا : (محضةٍ) ٱحترازٌ مِنَ الكتابةِ .

وقولُنا : (لازمٌ مِنْ أَحدِ الطرفينِ) ٱحترازٌ مِنَ القِراضِ[٢] .

واللهُ أعلمُ وباللهِ التوفيقُ

* * *

---

(١) في (م) : (المتعاقدان) وكلٌّ يعني : أن أحدهما يركب تلو الآخر .

(٢) جاء في هامش نسخة : (يَتلوهُ في الجزءِ السادسِ بابٌ : ما يَلزمُ المتكاريين وما يجوزُ لهُما . إنْ شاءَ الله تعالىٰ . والحمدُ للهِ وحدَهُ ، وصلواتُهُ علىٰ سيِّدنا محمَّدٍ وآلِهِ وأَصحابِهِ أَجمعينَ) .

بابُ ما يلزمُ المتكاريَينِ وما يجوزُ لَهما

إذا اكترىٰ ظهراً للركوبِ . . كانَ ما يحتاجُ إليهِ للتمكُّنِ مِن الركوبِ علىٰ المُكري ، مثلُ : السَّرجِ واللِّجامِ للفرسِ ، والإكافِ[1] للبغلِ ، والبَرْذَعَةِ للحمارِ ، والخِطامِ[2] للجملِ ، والبُرَةِ[3] الَّتي في أنفهِ ، والحزامِ[4] ، والقَتَبِ[5] ، والحقيبةِ[6] تحتَ القتبِ ؛ لأنَّ كونَ الظهرِ عرياً يتأذّىٰ الإنسانُ بركوبهِ .

ولا يمشي الجملُ بغيرِ زمامٍ ، ويتصعَّبُ الفرسُ بغيرِ لجامٍ . وما يُحتاجُ إليهِ للوِطاءِ والترفُّهِ . . فهوَ علىٰ المُكتري ، كالمَحْمِلِ ، والكنيسةِ ، والغطاءِ الذي فوقَهما ، والمُضَرَّبَةِ التي تكونُ تحتَ الكنيسةِ ؛ لِئَلاَّ تتحرَّكَ الكنيسةُ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ ، وابنُ الصبّاغِ : وكذٰلكَ : الحَبْلُ الذي يُشَدُّ بهِ أَحدُ المحمِلَيْنِ إلى الآخرِ ، والحبلُ الذي يُشدُّ بِهِ المَحمِلُ علىٰ الجملِ ، فهوَ علىٰ المكتري ؛ لأنَّهُما مِنْ آلةِ المحمِلِ .

قالا : وأمّا شدُّ أَحدِ المحمِلينِ إلىٰ الآخرِ : فاختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فـ [الأوَّل] : منهم من قالَ : إنَّهُ علىٰ المُكتري ؛ لأنَّ ذٰلكَ مِنْ تمامِ المحمِلِ وإصلاحهِ للركوبِ ، فهوَ كتأليفِ المحمِلِ .

والثاني : إنَّهُ علىٰ المُكري ، **وهوَ الأَصحُّ**[7] ؛ لأنَّهُ يُرادُ للتمكُّنِ مِنَ الركوبِ ، فهوَ كَشَدِّ المحمِلِ علىٰ الجملِ .

---

(١) **الإكاف** : البرذعة والجلال يجمع علىٰ : أُكُف ، وأوكَفَه : شدَّ عليه الإكاف .

(٢) **الخطام** : الزمام ، وما يوضع في أنف البعير ليقاد به .

(٣) **البرة** : حلقة من فضة أو غيرها تثبت في طرف الجمل ، يربط بها الزمام .

(٤) **الحزام** : نطاق يشد طرفي السرج مع بطن الدابة .

(٥) **القتب** : الرحل الصغير علىٰ قدر سنام البعير ، يصنع من الخشب ونحوه .

(٦) **الحقيبة ـ الحَقَب** : حبل يشد به رحل البعير إلىٰ بطنه كي لا يتقدم إلىٰ كاهله ـ : ما يحمل من القماش علىٰ الفرس خلف الركب ، سمي به مجازاً ؛ لأنه محمول علىٰ العجز .

(٧) قال النواوي في « الروضة » (٤/ ٢٩١) : هٰذا إذا أطلقا العقد ، أما إذا قال : أكريتك هٰذه =

وأَمّا صاحبُ « المهذبِ » : فحكىٰ الوجهينِ فيما يُشَدُّ بهِ أَحدُ المحمِلينِ إِلىٰ الآخرِ ، يعني : الحبلَ[١] .

فرعٌ : [لوازم المؤجَّر تابعة له] :

وإِذا أَكراهُ داراً ، أَو دكّاناً . . فعلىٰ المُكري تسليمُ المفتاحِ إِلىٰ المُكتري ؛ لأَنَّهُ لا يتمكَّنُ مِنَ الانتفاعِ بالدارِ إِلاَّ بالمفتاحِ ، إِذ بهِ يفتحُها ، فهوَ كالبابِ عليها . وكلُّ ما ذكرنا : أَنَّهُ علىٰ المُكري إِذا تَلِفَ في يدِ المُكتري مِنْ غيرِ تفريطٍ منهُ . . لَم يضمنْهُ ، ويجبُ علىٰ المُكري إِبدالُهُ ، كما لوِ ٱنكسرَ جذعٌ مِنَ الدارِ .

فرعٌ : [تجهيز الدابة وأُجرة دليل الطريق والسائق] :

وعلىٰ المُكري رفعُ المحملِ والكنيسةِ إِلىٰ ظهرِ الجملِ ، وشدُّهُما عليهِ بالحبلِ ، وحطُّهُما ؛ لأَنَّهُ لا يُتوصَّلُ إِلىٰ الركوبِ إِلاَّ بشدِّ ذٰلكَ عليهِ ، ولأَنَّ العادةَ جرتْ أَنَّ الجمّالَ يتولّىٰ ذٰلكَ .

وأَمّا أُجرةُ دليلِ الطريقِ : فإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ تحصيلِ الراكبِ أَو المتاعِ في بلدٍ . . فإِنَّ ذٰلكَ علىٰ المُكري ؛ لأَنَّ عليهِ تحصيلَ ذٰلكَ ، وهٰذا مِنْ جملةِ التحصيلِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰكذا : إِنِ ٱستأَجرَ منهُ جَمَلاً ليحملَهُ عليهِ إِلىٰ مكَّةَ أَو غيرِها مِنَ المواضعِ . . فإِنَّ أُجرةَ الدليلِ علىٰ المُكري ؛ لأَنَّ عليهِ أَنْ يحملَهُ إِلىٰ ذٰلكَ الموضعِ .

وإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ ظهرٍ بعينهِ يسلِّمُهُ إِليهِ . . فإِنَّ أُجرةَ الدليلِ علىٰ المُكتري ؛ لأَنَّهُ ليسَ علىٰ المُكري أَكثرُ مِنْ تسليمِ الظهرِ ، وقدْ فعلَ .

= الدابة بلا حزام ولا إكاف ولا غيرها . . فلا يلزمه شيء من الآلات .

(١) قال في « الروضة » أيضاً : وفي « المهذب » وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلىٰ الآخر : أنه علىٰ المستأجر ، وهو شاذ بعيد ، مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه علىٰ المستأجر .

وأَمّا سائِقُ الظهرِ وقائِدُهُ : فذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : أَنَّهُ علىٰ المُكري مِنْ غيرِ تفصيلٍ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والمَحامليُّ : أَنَّهُ كأُجرةِ الدليلِ علىٰ ما مضىٰ[1] .

فرعٌ : [ما يجب علىٰ الجمّال أن يفعله لأجل الراكب] :

وكلُّ ما لا يمكنُ الراكبَ فعلُهُ علىٰ الجملِ والحاجةُ داعيةٌ إِليه . . فعلىٰ الجمّالِ أَنْ يوقِفَ الجملَ حتّىٰ ينزلَ الراكبُ ، ويفعلَهُ[2] علىٰ الأَرضِ ، وذٰلكَ كالغائِطِ ، والبولِ ، والطهارةِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُهُ فعلُ ذٰلكَ علىٰ الظهرِ ، ويصلّي الفرضَ علىٰ الأَرضِ ؛ لأَنَّهُ لا يصحُّ فعلُها علىٰ الظهرِ . قالَ الشافعيُّ : (وليسَ للجمّالِ أَنْ يستعجلَهُ في الصلاةِ ، ولا للراكبِ أَنْ يطوِّلَ الصلاةَ ، بلْ تكونُ خفيفةً في تمامٍ)[3] .

وكلُّ ما يُمكنُ الراكبَ أَنْ يفعلَهُ علىٰ الظهرِ ، مثلُ : الأَكلِ ، والشربِ ، وصلاةِ النفلِ . . فلا يلزَمُ الجمّالَ أَنْ يوقِفَ لَهُ الجَمَلَ لأَجلِهِ ؛ لأَنَّهُ يمكِنُهُ فعلُ ذٰلكَ وهوَ راكبٌ .

وعلىٰ الجمّالِ أَنْ يُبْرِكَ الجملَ للمرأَةِ عندَ ركوبها ونزولِها ؛ لأَنَّ العادةَ جرتْ أَنَّهُنَّ يَركبنَ ويَنزلنَ والجملُ باركٌ ، فحُمِلَ مطلقُ العقدِ عليهِ ، ولأَنَّ المرأَةَ عورةٌ ، فلا يؤمَنُ إِذا ركِبتْ أَو نزلَتْ والجملُ قائمٌ أَنْ ينكشفَ شيءٌ مِنْ عورتِها . وأَمّا الرّجلُ : فإِنَّهُ يَركبُ ويَنزلُ والجملُ قائمٌ ؛ لأَنَّ العادةَ جرتْ بذٰلكَ ، إِلاَّ أَنْ يكونَ الرجلُ زَمِناً ، أَو شيخاً ضعيفاً ، أَو سميناً لا يمكِنُهُ ذٰلكَ معَ قيامِ الجملِ ، أَو كانَ مريضاً . . فيَلزَمُ الجمّالَ أَنْ يُبْرِكَ لَهُ الجملَ ؛ لأَنَّهُ لا يقدرُ علىٰ ذٰلكَ مِنْ قيامٍ . فإِنْ أَكرىٰ رجلاً صحيحاً ، ثمَّ مرضَ . . فعليهِ أَنْ يُبْرِكَ لَه الجملَ ، وإِنْ أَكراهُ وهوَ مريضٌ ، فبرئَ . . لَم يلزَمْهُ أَنْ يُبْرِكَ لَه الجملَ اعتباراً بحالةِ الرّكوبِ لا بحالةِ العقدِ .

---

(١) في نسخة : (ما بينهما) .

(٢) في نسخة : (يقعد) ، وذلك ممّا لا بد منه للراكب في العادة .

(٣) قال في « مختصر المزني » (٣/ ٨٤) : (وينزل الرجل للصلاة ، وينتظره حتىٰ يصليها ، غيرَ معجِّل له) .

فرعٌ : [عدم الإضرار بالمؤجَّر شرط في استعماله] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (وإنِ اختلفا في الرِّحلةِ . . رحلَ لا مكبوباً ولا مستلقياً)[١] . واختلفَ أصحابُنا في صورتهِ :

فقالَ أبو إسحاقَ : (المكبوبُ) : أنْ يُضيِّقَ قيدَ المحملِ مِنْ مُؤَخَّرِ البعيرِ ، ويُوسِّعَ قيدَ المحملِ مِنْ مقدَّمِ البعيرِ ، و (المستلقي) : أنْ يُوسِّعَ مؤَخَّرَهُ ، ويُضيِّقَ مقدَّمَهُ . فالمكبوبُ أسهلُ علىٰ الجملِ ، والمستلقي أسهلُ علىٰ الراكبِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : (المكبوبُ) : أنْ يضيِّقَ قيدَ المحملِ مِنَ المقدَّمِ والمؤخَّرِ ، و (المستلقي) : أنْ يوسعَهُما .

وأَيُّ التأويلينِ كانَ . . فإنَّهُ لا يُجابُ الجمّالُ ولا الراكبُ إليهِ ، بلْ يَفعلُ ما جرتِ العادةُ بهِ ، ممّا لا يضرُّ بالمركوبِ ولا بالراكبِ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : وكذٰلكَ : إذا اختلفا في جلوسِ الراكبِ . . رُجِعَ فيهِ إلىٰ العادةِ . ومَنْ طلبَ منهُما مفارقةَ القافلةِ ، إمَّا بالحثِّ ، أو بالتقصيرِ . . لَمْ يُلتفتْ إليهِ إلاَّ برضا الآخرِ بذٰلكَ .

فرعٌ : [ما يجب في إكراء دار للسكنىٰ] :

وإنْ أكراهُ داراً للسُّكنىٰ . . فعلىٰ المُكري تسليمُ الدّارِ فارغةَ الحشِّ[٢] مِنَ الأذىٰ ؛ لأنَّهُ مِنْ مُؤَنِ التمكينِ ، فإنِ امتلأَ في يدِ المُكتري . . فعلىٰ مَنْ تجبُ مُؤْنَةُ إخراجهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : أنَّهُ علىٰ المُكري ؛ لأنَّ التمكينَ مِنَ الانتفاعِ يتعلَّقُ بذٰلكَ .

والثاني : أنَّه علىٰ المُكتري ؛ لأنَّهُ هوَ الذي شغلَهُ بذٰلكَ .

---

(١) قال ابن بطال (١/ ٤٠٧) : يقال في اللغة : استلقىٰ علىٰ قفاه وانكب علىٰ وجهه نقيضه .

(٢) **الحُش** : الكنيف ، المكان الذي يرتاد لقضاء حاجة الإنسان من بول أو غائط .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٣٥] : وعلىٰ هٰذينِ الوجهينِ إخراجُ رمادِ الحمّامِ[1] المُستأجَرِ ، وتنقيةُ الحوضِ الّذي يخرجُ إليهِ الغُسَالةُ .

وعلىٰ المُكري تسويةُ الدعامةِ[2] في الدارِ ، وإصلاحُ المغلاقِ[3] ، وتَطيينُ السطحِ ، وإنْ تكسَّرَ شيءٌ مِنَ الخشبِ . . فعليهِ إبدالُهُ ؛ لأنَّ المُكتريَ لاَ يُمَكَّنُ مِنَ الانتفاعِ إلاَّ بذٰلكَ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٣٥] : وأَمّا نصبُ بابٍ جديدٍ ، أَو إحداثُ ميزابٍ ، فيُنظَرُ فيهِ : فإنْ لَم يمكنِ الانتفاعُ بالدّارِ حسَبَ ما كانَ يُمكنُ وقتَ العقدِ إلاَّ بنصبِ ذٰلكَ . . فعلىٰ المُكري ذٰلكَ ، وإلاَّ . . فلا .

مسأَلةٌ : [نفقة المركوب علىٰ المكري] :

وعلىٰ المُكري علفُ الظهرِ وسقيُهُ ؛ لأنَّ التمكينَ مِنَ الانتفاعِ عليهِ ، ولا يُمكنُ الانتفاعُ بهِ إلاَّ بذٰلكَ . فإنْ هربَ الجمّالُ . . فلا يخلو : إمّا أَنْ يهربَ بجمالِهِ ، أَو يهربَ بنفسِهِ ويترُكَ جمالَهُ .

فإنْ هربَ بجمالهِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ ظهرٍ في الذِّمَّةِ . . لَم تنفسخِ الإجارةُ بهَربِ الجمّالِ ؛ لأنَّ المعقودَ عليهِ في الذِّمَّةِ لَم يَتْلَفْ . فإنْ رفعَ المستأجرُ الأَمرَ إلىٰ الحاكمِ ، وأَثبتَ الإجارةَ عندَهُ . . فإنَّ الحاكمَ ينظُرُ :

فإنْ وجدَ للمُكري مالاً ٱستأجرَ منهُ للمُستأجِرِ ظهراً ؛ لأنَّ المنفعةَ في ذِمَّتهِ ، فإذا تعذَّرتْ مِنْ جهتِهِ . . قامَ الحاكمُ مَقامَهُ ، كما لَو كانَ في ذمَّتهِ لغيرهِ دينٌ ، فهربَ . . فإنَّ الحاكمَ يقضي الدينَ مِنْ مالهِ .

---

(١) **رماد الحمام** : نفايات الوقود .

(٢) **الدعامة** : العمود الذي يرفع البيت من الشَّعر .

(٣) **المغلاق** : ما يغلق به الباب ، يجمع علىٰ : مغاليق ، وغلق الباب غلقاً : أَوصده وأَحْكَمَهُ .

فإنْ لَم يجدْ لَه مالاً . . اقترضَ عليهِ مِنْ بيتِ المالِ ، أَو مِنْ رجلٍ من الرعيَّةِ ما يكتري[١] بهِ الظهرَ ، وإنْ لَم يكنْ في بيتِ المالِ ما يُقرضُهُ ، ولَم يجدْ مَنْ يقرضُهُ مِنَ الرعيَّةِ ، فإنِ اختارَ المُكتري أَنْ يقرضَهُ ، فقبضَ الحاكمُ المالَ منهُ ، واكترىٰ لَه بهِ ، أَو فوَّضَ ذٰلكَ إلىٰ أَمينٍ . . جازَ ، كما لوِ اقترضَ له مِنْ غيرِهِ ، وإنْ أَمَرَ الحاكمُ المُكتري لِيَكتريَ لنفسِهِ مِنْ مالِهِ ، ويكونُ ذٰلكَ قَرْضاً علىٰ المُكري . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإنَّ الشافعيَّ قالَ في « البويطيِّ » : (لا يجوزُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يكونَ وكيلاً لغيرِهِ في القبضِ مِنْ نَفْسِهِ) . وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٣٣] في ذٰلكَ وجهينِ .

فإنْ تعذَّرَ عليهِ الاقتراضُ . . فالمُكتري بالخيارِ : بينَ أَنْ يقيمَ علىٰ الإجارةِ إلىٰ أَنْ يجدَ المُكري ، فيُطالِبَهُ بِما عليهِ ، وبينَ أَنْ يفسخَ الإجارةَ ، وتكونَ الأُجرةُ ديناً لَه في ذمَّةِ المُكري ؛ لأنَّ المعقودَ عليهِ تعذَّرَ ، فثبتَ لَه الخيارُ ، كما لَو أَفلسَ المشتري .

وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ أَجمالٍ بأَعيانِها . . لَم يكنْ للحاكمِ أَنْ يكتريَ لَه غيرَها ؛ لأنَّ الإجارةَ وَقعتْ علىٰ عينِها ، فلا يجوزُ إبدالُها بغيرِها ، كما لو باعَهُ عيناً ، فهربَ بها ، ويكونُ المكتري هاهنا بالخيارِ : بينَ أَن يفسخَ الإجارةَ ؛ لأَنَّهُ استحقَّ المنفعةَ معجَّلةً وقدْ تأَخَّرتْ ، فثبتَ لَه الخيارُ ، وبينَ أَنْ يصبرَ إلىٰ أَنْ يجدَ الجمّالَ ، فيستوفي حقَّهُ .

فإنِ اختارَ فسخَ الإجارةِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ قدِ استوفىٰ بعضَ المنفعةِ . . انفسختِ الإجارةُ فيما بقيَ ، وهلْ تنفسخُ فيما مضىٰ ؟ فيهِ طريقانِ ، كما قُلنا فيمنِ اشترىٰ عبدينِ ، فتلِفَ أَحدُهُما قبلَ القبضِ .

فإنْ قُلْنا : تنفسخُ في الجميعِ . . رجعَ بجميعِ المسمّىٰ إنْ كانَ قدْ دفعَهُ ، ووجبتْ عليهِ أُجرةُ المثلِ لِمَا قدِ استوفاهُ ، فيقاصُّه[٢] الحاكمُ .

وإنْ قُلْنا : تنفسخُ في الباقي . . كانَ لَه الخيارُ فيما مضىٰ ، فإنِ اختارَ الفسخَ . . فهوَ

---

(١) في (م) : (يكري) .

(٢) المقاصَّة : المماثلة ، سميت بذٰلك ؛ لأن كلاً من الرجلين لصاحبه مثل ما للآخر .

كما لَو قلنا : تنفسخُ في الجميعِ ، وإنِ ٱختارَ الإمضاءَ[1] . . رجعَ بقِسْطِ ما بقيَ مِنَ المسمّىٰ .

وإنْ كانَ لم يستوفِ شيئاً مِنَ المنفعةِ . . ٱنفسخَ العقدُ في الجميعِ . فإنْ كانَ قد سلَّمَ المسمّىٰ ، وأَقامَ البيِّنةَ علىٰ ذٰلكَ عندَ الحاكمِ . . نظرَ الحاكمُ :

فإنْ وَجدَ للمُكري مالاً . . دَفعَ إِلىٰ المُكتري ما سلَّمَهُ مِنْ مالِ المُكري .

وإنْ لَم يجدْ لَه مالاً . . كانَ ذٰلكَ ديناً في ذمَّةِ المُكري للمُكتري إِلىٰ أَنْ يجدَهُ ، ولا يقترضُهُ الحاكمُ هاهُنا للمكتري ؛ لأَنَّ الدَّينَ في ذمَّةِ المُكتري ، فإذا ٱقترضَ لَه مِنْ غيرِهِ . . كانَ ذٰلكَ ديناً في ذمَّتِهِ ، فلا يحصُلُ في ذٰلكَ فائدةٌ ، ويُفارقُ المنفعةَ ؛ لأَنَّها مِنْ غيرِ جنسِ المالِ المقتَرَضِ ، ولأَنَّ المنفعةَ تفوتُ بتأخِيرِها .

وإنْ لَم يخترِ المُكتري الفسخَ . . نظرتَ :

فإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ مدَّةٍ ، بأَنِ ٱكترىٰ منهُ الجِمالَ ليركبَها شهراً . . فإنَّهُ كلَّما مضىٰ جزءٌ مِنَ الشهرِ . . ٱنفسخَ مِنَ الإجارةِ بقدرِهِ ، فإنْ مضىٰ الشهرُ قبلَ أَنْ يرجعَ الجمّالُ . . ٱنفسختِ الإجارةُ ، وكانَ الحكمُ فيها كما لَو فسخَ المستأجِرُ .

وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ عملٍ ، مثلُ : أَنْ يستأَجرَ الجِمَالَ ليركبَها إِلىٰ موضعِ كذا . . لَم تنفسخِ الإجارةُ ، ولكنْ متىٰ وجدَ المستأجرُ الجِمَالَ الَّتي ٱكتراها . . ٱستوفىٰ منفعتَهُ منها .

فأَمّا إذا هربَ الجمّالُ وتركَ الجِمَالَ في يدِ المُكتري . . فإنَّ الجمّالَ قد هربَ مِنْ حقَّينِ :

أَحدُهما : النفقةُ علىٰ الجِمَالِ بالعَلَفِ والسَّقيِ .

والثاني : القيامُ برفعِ الأَحمالِ وحطِّها .

فإنْ رفعَ المستأجرُ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ . . نظرَ الحاكمُ :

---

(١) في (م) : (الأخذ) .

فإنْ وجدَ للجمّالِ مالاً . . أَخذَ منهُ ما يحتاجُ إليهِ لنفقةِ الجِمَالِ ، وللقيامِ برفعِ الحِمالِ وحطِّها ، وسَوقِ الظهرِ وقودِهِ .

وإنْ لَم يجدْ لَه مالاً غيرَ الجِمَالِ ، فإنْ كانَ فيها فضلٌ علىٰ ما يحتاجُ إليهِ المُكتري . . باعَ الحاكمُ مِنها بقدرِما يحتاجُ إليهِ لذٰلكَ ، وإنْ لَم يكنْ[1] فيها فضلٌ . . ٱقترضَ عليهِ الحاكمُ مِنْ بيتِ المالِ إنْ كانَ فيهِ فضلٌ ، أَو منْ رجلٍ مِنَ الرَّعيَّةِ .

وإنْ أَرادَ أَنْ يقترضَ مِنَ المُكتري . . نظرتَ :

فإنْ قبضَ منهُ المالَ ودفعَهُ إليهِ ، أَو إلىٰ رجلٍ مِنْ أَهلِ القافلةِ لينفِقَهُ علىٰ الجِمَالِ ، أَوِ ٱستأجرَ مَنْ يرفعُ الأَحمالَ ويحطُّها . . جازَ ذٰلكَ .

وإنْ أَمرَ الحاكمُ المُكتريَ لينفقَ مِنْ مالِهِ علىٰ ذٰلكَ قَرْضاً علىٰ الجَمّالِ . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إلىٰ أَنْ يكونَ مقبولَ القولِ فيما يستحقُّهُ علىٰ غيرِهِ .

والثاني : يصحُّ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّهُ موضعُ ضرورةٍ ؛ لأنَّ إقامةَ أَمينٍ في ذٰلكَ يشقُّ ويتعذَّرُ ؛ لأَنَّهُ يحتاجُ إلىٰ الخروجِ معَها وإلىٰ الإنفاقِ في الطريقِ ، فجازَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الحاكمَ قدْ لا يجدُ غيرَهُ .

ولا بدَّ للجِمَالِ مِنْ عَلَفٍ وسقيٍ .

فإذا قُلْنا بهٰذا : وٱختلفَ الجمّالُ والمُكتري في قَدْرِ ما أَنفقَ عليها ، فإنْ كانَ الحاكمُ قدْ قدَّرَ لَه ما يُنفقُ عليها كلَّ يومٍ ، فٱدَّعىٰ : أَنَّهُ أَنفقَ ذٰلكَ ، وخالَفَهُ المُكري . . فالقولُ قولُ المُكتري فيه ؛ لأنَّ الحاكمَ قدْ قدَّرَ لَه ذٰلكَ ، وهو أَمينٌ . وقولُهُ : إنَّهُ أَنفقَ ذٰلكَ ، مقبولٌ ، وإنْ كانَ الحاكمُ لَم يقدِّرْ لَهُ ما يُنفِقُ كلَّ يومٍ ، وإنَّما أَذِنَ لَه في الإنفاقِ ، فإنْ كانَ ما يدَّعيهِ النفقةَ بالمعروفِ . . فالقولُ قولُ

---

(١) في (م) : (يجد) .

المُكتري معَ يمينهِ : أَنَّهُ أَنفقَ ذٰلكَ . وإنِ ٱدَّعىٰ أَكثرَ مِنْ ذٰلكَ . . لَم يُقبلْ قولُهُ في الزيادةِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بها .

فإذا بلغَ المُكتري إلىٰ الموضعِ الَّذي ٱكترىٰ إليهِ . . فقدِ ٱستوفىٰ حقَّهُ ، ويَبيعُ الحاكمُ شيئاً مِنَ الجِمَالِ بقَدْرِ دينِ المُكتري ، ويَقضِيهِ إيّاهُ ، فإنْ رأَىٰ الحاكمُ أَنْ يُبقيَ باقِيَها إلىٰ أَنْ يعودَ صاحبُها ، ويبيعَ مِنها شيئاً لينفقَ عليها . . جازَ ، وإنْ رأىٰ أَنْ يبيعَ باقِيَها ، ويحفظَ ثمنَها علىٰ صاحِبِها . . جازَ[1] .

وإنْ أَنفقَ المُكتري بغيرِ إذنِ الحاكمِ ، فإنْ قدرَ علىٰ الحاكمِ ولَم يستأذنْهُ . . لَم يرجعْ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ ، وإنْ لَم يقدرْ علىٰ الحاكمِ ، فإنْ أَنفقَ مِنْ غيرِ إشهادٍ ، ولا شَرَطَ الرجوعَ . . لَم يرجع بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ ، وإنْ أَشهدَ شاهدَينِ : أَنَّهُ أَنفقَ ليرجعَ بهِ علىٰ الجمّالِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يرجعُ ؛ لأَنَّهُ موضعُ ضرورةٍ .

والثاني : لا يرجعُ ؛ لأَنَّهُ لَم يُنفِقْ بإذنِ مَنْ لَه الإذنُ ، فلا يرجعُ بهِ .

وإنْ لَم يجدْ مَنْ يُشهِدُهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لايرجعُ ؛ لِما ذكرناهُ إذا أَشهدَ معَ وجودِ الحاكمِ .

والثاني : يرجعُ ؛ لأَنَّ الجمّالَ قد علِمَ أَنَّهُ لا بدَّ للجِمَالِ مِنَ القيامِ بالعلَفِ والسقْيِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٣٣] : إذا لَم يجدْ قاضياً ، فأَنفقَ . . فهلْ يرجعُ بهِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يرجعُ بهِ .

والثاني : لا يرجعُ بهِ .

والثالثُ : إنْ أَشهدَ . . رجعَ بهِ ، وإنْ لَم يُشهدْ . . لَم يرجعْ بهِ .

---

(١) وذٰلك لكي لا تأخذ نفقتها قسطاً من عينها .

مسأَلةٌ : [استيفاء مدَّة المأجور] :

إِذا ٱستأَجرَ عيناً علىٰ عملٍ ، فٱستوفاهُ ، أَوِ ٱستأجرَها مدَّةً ، فمضتْ تلكَ المدَّةُ وهيَ في يدِهِ . . فهلْ يَلزَمُ المُكتريَ ردُّها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحَدُهُما : يَلزمُهُ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** ، وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لأَنَّهُ قبضَها لاستيفاءِ ما وجبَ لَه ، فإِذا ٱنقضتِ الإِجارةُ . . كانَ ممسكاً لها بغيرِ إِذنِ مالِكِها ، فلزِمَهُ ردُّها ، كالعاريَّةِ ، وكما لو أَطارتِ الريحُ ثوباً إِلىٰ بيتِهِ ، وعَرَفَ مالِكَهُ . . فإِنَّ عليهِ ردَّهُ إِليهِ .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ كانَ لردِّها مُؤنةٌ . . لزِمَتْهُ تلكَ المُؤنَةُ . فإِنْ تمكَّنَ مِنْ ردِّها ، فلَمْ يردَّها حتّىٰ مضتْ مدَّةٌ ، ثمَّ تلفتْ . . لزمَهُ أُجرةُ المثلِ لتلكَ المدَّةِ ، ولزمَهُ قيمتُها .

والوجه الثاني : لا يَلزمُهُ ردُّها ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّها أَمانةٌ في يدِهِ ، فلا يجبُ عليهِ ردُّها إِلاَّ بالمطالبةِ ، كالوديعةِ ، وتقديرُ الإِجارةِ بالمدَّةِ لا يُخرجُها عنْ أَنْ تكونَ أَمانةً بعدَ المدَّةِ ، كما لو قالَ : أَودعتُكَ هٰذا شهراً . . فإِنَّهُ في الشهرِ بَعدَهُ أَمانةٌ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا مضتْ مدَّةٌ بعدَ ٱستيفاءِ منفعتِهِ . . لَم يلزمْهُ لَها أُجرةٌ ، إِلاَّ إِنِ ٱستوفىٰ منفعتَهُ منها ، فتكونُ مُؤنَةُ الرَّدِّ علىٰ المؤاجِرِ .

فإِنِ ٱستأجرَ عيناً ، وشرطَ المؤاجِرُ : أَنَّ علىٰ المستأجِرِ ردَّها بعدَ ٱنقضاءِ الإِجارةِ ، فإِنْ قُلْنا : يَلزمُهُ الرَّدُّ مِنْ غيرِ شرطٍ . . كانَ هٰذا الشرطُ تأكيداً ، وإِنْ قُلْنا : لا يلزمُهُ الرَّدُّ . . ففيهِ وجهانِ :

[الأول] : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : يلزَمُهُ الرَّدُّ ؛ لأَنَّهُ دخلَ في العقدِ علىٰ ذٰلكَ .

و **[الثاني]** : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : تبطلُ الإِجارةُ ؛ لأَنَّهُ شرطٌ ينافي مقتضىٰ الإِجارةِ[1] .

---

(١) ونحو هذا قال الحنفية والمالكية : إذا انتهت مدة الإجارة . . وجب علىٰ المستأجر أن يسلِّم العين المستأجرة إلىٰ مالكها . وقال الحنابلة : يجب علىٰ المستأجر رفع يده عن المستأجَر ، ولا يلزمه ردها ، كالوديعة .

مسأَلةٌ : [هيئة سكنىٰ الدار] :

إِذا ٱستأجرَ داراً للسُّكنىٰ . . فليسَ مِنْ شرطِهِ أَنْ يُفسِّرَ السُّكنىٰ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ ضبطُها بالوصفِ .

فعلىٰ هٰذا : لَه أَنْ يسكُنَها بنفسِهِ وبغيرِهِ ، ولَه أَنْ يترُكَ فيها الأَمتعةَ التي لا تدقُّ[1] سقُوفَها ، ولا يتركُ فيها السرجينَ ؛ لأَنَّهُ يُفسدُها .

وهلْ لَه أَنْ يطرحَ فيها ما يُسرعُ إِليهِ الفسادُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الفأْرَ ينقُبُ الحائِطَ لأَجلِهِ .

والثاني : لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ متعارفٌ في السُّكنىٰ .

ولا يُسكِنْها الحدّادينَ والقصّارينَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يُوهنُ الجُدرانَ فيها .

وإِنِ ٱستأجرَ داراً ليَسكُنها وحدَهُ ، فتزوَّجَ . . قالَ أَبو حنيفةَ وصاحباهُ : (فلَهُ أَنْ يُسكِنَها معَهُ) .

وقالَ أَبو ثورٍ : (ليسَ لَه أَنْ يُسكِنَها معَهُ) . قالَ الصيمريُّ : **وهوَ القياسُ** .

فرعٌ : [استئجار القميص] :

وإِنِ ٱستأجرَ قميصاً ليَلبَسَهُ . . فلَهُ أَنْ يَلبَسَهُ ليلاً ونهاراً إِذا كانَ مستيقظاً ، وإِنْ أَرادَ أَنْ ينامَ فيهِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ ليلاً . . لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ غيرُ متعارفٍ .

وإِنْ كانَ نهاراً . . قالَ الصيمريُّ : فإِنْ كانَ ساعةً أَو ساعتينِ . . جازَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ متعارَفٌ[2] ، وإِنْ نامَ فيهِ أَكثرَ النهارِ . . لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ غيرُ متعارَفٍ . وليسَ لَه أَنْ

---

(١) **دقُّ سقوفها** : من دقَّ الشيءَ دقاً : كسره أَو ضربه بشيء فهشمه ، وبمعنىٰ دكَّ البناء : هدمه .

(٢) قال في « الروضة » (٤/ ٢٩٦) : وهل له النوم فيه في وقت القيلولة ؟ وجهان ، **أصحُّهما ـ وبه قطع الأكثرون ـ** جوازه للعادة .

يَتَّزِرَ بهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ غيرُ متعارَفٍ في لُبْسِ القميص ، وهلْ لَه أَنْ يرتديَ بهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لَه ذٰلكَ ، كما قُلْنا في الاتِّزارِ بهِ .

والثاني : لَه ذٰلكَ[1] ؛ لأنَّهُ أَخفُّ مِنَ اللُّبْسِ .

وإنِ ٱستأجرهُ ليلبَسَهُ ثلاثةَ أَيَامٍ ولَم يذكرِ الليالِيَ . . فهلْ تدخلُ الليالي ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » ، **الأَصحُّ** : تدخلُ .

وإنِ ٱستأجَرَهُ يوماً كاملاً . . فوقتُهُ مِنْ طلوعِ الفجرِ إلىٰ غروبِ الشمسِ . فإنْ قالَ : يوماً ، وأَطلقَ . . قالَ الصيمريُّ : كانَ ذٰلكَ مِنْ وَقتِهِ إلىٰ مثلِهِ مِنَ الغدِ .

وإنِ ٱستأجرَهُ نهارَ يومٍ . . فوجهانِ ، حكاهُما الصيمريُّ :

أَحدُهما : مِنْ طلوعِ الفجرِ إلىٰ غروبِ الشمسِ .

والثاني : مِنْ طلوعِ الشمسِ إلىٰ غروبها .

فرعٌ : [اشتراط النزول في الطريق] :

وإنِ ٱكترىٰ ظَهْراً ليركَبَهُ إلىٰ بلدٍ ، فإنْ شرطَ المُكري : أَنَّهُ ينزلُ للرَّواحِ عنِ الدَّابَّةِ ، أَو شَرطَ المُكتري : أَنَّهُ لا ينزلُ للرَّواحِ عنها . . حُمِلا علىٰ ما شَرَطا ، وإنْ أَطلقا ذٰلكَ وقد جرتْ عادةُ الناسِ في النزولِ عنِ الدوابِّ في تلكَ الطريقِ للرواحِ عليها ، فإنْ كانَ الراكبُ مريضاً ، أَو ٱمرأَةً ، أَو شيخاً زَمِناً[2] . . لم يلزمْهُ النزولُ ، وإنْ كانَ رجلاً صحيحاً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ النزولُ ؛ لأنَّ العرفَ قدْ جرىٰ بذٰلكَ ، فصارَ كالمشروطِ[3] .

والثاني : لا يلزمُهُ ؛ لأَنَّهُ عقدَ الإجارةَ علىٰ جميعِ المسافةِ ، وفي إِيجابِ النزولِ إِخلالٌ ببعضِ ما عَقَدَ عليهِ ، فلمْ يجبْ .

---

(١) قال النواوي في « الروضة » (٤/ ٢٩٧) : يجوز الارتداء به علىٰ الأصح .

(٢) قال في « الروضة » (٤/ ٢٩٤) : وينبغي أن يلحق بهم من كانت له وجاهة ظاهرة وشهرة يُخلُّ بمروءته في العادةِ المشيُ .

(٣) وذٰلك لقولهم : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وفي (م) : (فصير علىٰ المشروط) .

فرعٌ : [استئجار مركب مسافة معيَّنة] :

وإنِ ٱستأجرَ ظهراً ليركبَهُ إلىٰ مكّةَ . . لَم يكنْ لهُ أنْ يحجَّ عليهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ أكثرُ ، وإنْ ٱستأجرَهُ ليحجَّ عليهِ . . فلَهُ أنْ يركبَهُ مِنْ مكّةَ إلىٰ عرفاتٍ ، ومن عرفَةَ إلىٰ المزدلفةِ ، ثمَّ إلىٰ مِنىٰ ، ثُمَّ إلىٰ مكّةَ للطَّوافِ[1] والسعيِ ، ولهُ أنْ يطوفَ عليهِ ويسعىٰ ، وهلْ لهُ أنْ يركبَهُ مِنْ مكّةَ إلىٰ مِنىٰ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لَه ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ مِنْ تمامِ الحجِّ .

والثاني : ليسَ لَه ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ قد حلَّ مِنَ الإحرامِ[2] .

مسألةٌ : [استئجار مركب لأجل نقل بضاعة] :

وإنِ ٱكترىٰ ظهراً ليحملَ عليهِ أرطالاً مِنَ الزادِ إلىٰ بلدٍ ، فإنْ سُرِقَ الزادُ ، أو تلفَ بغيرِ الأكلِ . . فلَهُ إبدالُهُ ، وإنْ نَقَصَ الزادُ بالأكلِ المعتادِ . . فهلْ لَه إبدالُهُ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما : لَهُ إبدالُهُ ، كما لَوِ ٱكترىٰ ظهراً ليحملَ عليهِ ثياباً إلىٰ بلدٍ ، فباعَ في الطريقِ بعضَها . . فلَهُ أنْ يُبْدِلَ مكانَ ما باعَ غيرَها ، ولأنَّهُ لا خلافَ أنَّهُ إذا ٱكتراهُ ليحملَ لَه الماءَ . . فإنَّ لَه أنْ يُبْدِلَ مكانَ ما فنيَ منهُ ، فكذٰلكَ الزادُ .

والثاني : ليسَ لَهُ إبدالُهُ ؛ لأنَّ العادةَ جرتْ أنَّ الزادَ لا يبقىٰ في جميعِ مسافةِ الطريقِ ، وإنَّما يَنْقُصُ بالأكلِ ، فحُملَ ذٰلكَ علىٰ العرفِ .

وقالَ أبو إسحاقَ : القولانِ إذا كانَ الزادُ مِنْ أوَّلِ الطريقِ إلىٰ آخرهِ بسعرٍ واحدٍ ، لا يزيدُ ولا ينقصُ ، فأمّا إذا كانَ الزادُ في موضعٍ مِنَ الطريقِ غالياً ، وفي موضعٍ رخيصاً . . فلَهُ أنْ يُبْدِلَهُ مكانَ ما أكلَهُ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ لَهُ غَرضاً إذا ٱختلفَ سِعْرُهُ أنْ لاَ يشتريَ مِنْ موضعٍ واحدٍ .

---

(١) أي : لطواف الركن .

(٢) قال النواوي في « الروضة » (٤/ ٢٩٤) : أصحُهما : استحقاقُه ذٰلك .

مسألةٌ : [لا يُمنع من ضرب الدابَّة المعتادِ] :

وإنِ ٱستأَجرَ دابَّةً . . فلَهُ أَنْ يضرِبَها الضربَ المعتادَ للمشيِ ؛ لِما رُويَ عَنْ جابرٍ : (أَنَّ النبيَ ﷺ ٱشترىٰ منهُ جملاً ، وحملَهُ عليهِ إِلىٰ المدينةِ ، وكانَ يضرِبُهُ بالعَصَا)[١] . ولَهُ أَنْ يَكبَحَها باللّجامِ ، وهوَ : أَنْ يجبذَ[٢] لجامَها بالعِنانِ حتّىٰ يلويَ رأسَها ، ويردَّهُ إِليهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ متعارَفٌ .

مسألةٌ : [استأجره لمنفعة فله أن يفوّت بعضها] :

وإنِ ٱستأجرَ عيناً لمنفعةٍ معيَّنةٍ . . فلَهُ أَنْ يستوفيَ تلكَ المنفعةَ ، أَو مثلَها ، أَو دونَها ، مثلِ : أَنْ يستأَجرَ دابَّةً ليركبَها في طريقٍ إِلىٰ بلدٍ ، فلَهُ أَنْ يَركبَها في مثلِ تلكَ الطريقِ في الأَمنِ والسهولةِ والحزونةِ[٣] والقدْرِ ، وكذٰلكَ : لَوِ ٱستأجرَها ليركبَها في طريقٍ حَزْنٍ[٤] . . فلَهُ أَنْ يركبَها في طريقٍ سهلٍ لا يزيدُ عليهِ في القدرِ ، وكذٰلكَ : لَوِ ٱستأجرَها ليركبَها بنفسِهِ . . فلَهُ أَنْ يُركِبَها مَنْ هوَ في مثلِ حالِهِ في الطُّولِ والقِصَرِ والهُزَالِ والسِّمَنِ ، وليسَ لَهُ أَنْ يستوفيَ أَكثرَ مِنَ المنفعةِ الَّتي ٱستأجرَ عليها ، كما قُلنا فيمَنِ ٱستأجرَ أَرضاً للغراسِ . . فلَهُ أَنْ يزرَعَها ، ولَوِ ٱستأجرَها للزرعِ . . لَم يغرسْ فيها .

ولوِ ٱكترىٰ دابَّةً بعينِها ، فأَرادَ المُكري أَنْ يعطيَهُ غيرَها . . لَمْ يَلزَمِ المُكتريَ قَبولُها . والفرقُ بينَهُما : أَنَّ المعقودَ عليهِ منفعةُ الدَّابةِ ، فلَمْ يكنْ لَه أَنْ يدفعَ إِليهِ غيرَها ، كما لو باعَ منهُ دابّةً ، وأَرادَ أَنْ يعطيَهُ غيرَها . وليسَ كذٰلكَ الراكبُ ، فإِنَّهُ هوَ المستوفي ، فجازَ أَنْ يستوفيَ بنفسِهِ وبغيرِهِ ، كما لَو كانَ لَه دينٌ علىٰ غيرِهِ . فإِنَّ لَهُ أَنْ يستوفيَهُ بنفسِهِ ، ولَه أَنْ يوَكِّلَ مَنْ يستوفيه .

---

(١) سلف عن جابر ، وأخرجه البخاري (٢٠٩٧) في البيوع ، وفيه : (فنزل يحجنه بمحجنه) . **يَحجُنه** : أي يطعنه .

(٢) **يجبذ** : يجذب ، وزناً ومعنىٰ ، وليس مقلوبَهُ ، بل لغةٌ صحيحةٌ .

(٣) **الحزونة** : ضدُّ السهولة .

(٤) **الحزْن** : ما غلُظَ من الأرضِ ، ومنه : (الجنة حزْن بربوة) نحو حديث أنس عند مسلم (٢٨٢٢) : «حفت الجنة بالمكاره».

فرعٌ : [ما اكتراه له لا يغيره] :

فإنِ ٱكترىٰ ظهراً ليحملَ عليهِ القُطنَ . . لَم يَكنْ لَه أَنْ يَحملَ عليهِ الحديدَ ، وإنِ ٱكتراهُ ليحملَ عليهِ الحديدَ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يَحملَ عليهِ القطنَ ؛ لأَنَّ في كلِّ واحدٍ منهُما ضرراً علىٰ الظهرِ ، وٱرتفاقاً له ليسَ في الآخرِ مثلُهُ .

وإنِ ٱكتراهُ ليركبَهُ بالسَّرْجِ . . لَم يركبْهُ مِنْ غيرِ سَرْجٍ ؛ لأَنَّهُ أَضرُّ بهِ ، وإنِ ٱكتراهُ ليركبَهُ مِنْ غيرِ سَرْجٍ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يركبَهُ بسَرْجٍ ؛ لأَنَّهُ أَثقلُ عليهِ .

وإنِ ٱكتراهُ ليركبَهُ . . لَم يَحملْ عليهِ المتاعَ ، وإنِ ٱكتراهُ ليَحملَ عليهِ المتاعَ . . لَم يكنْ لَه أَنْ يركبَهُ ؛ لأَنَّهما لاَ يَتساويانِ .

فرعٌ : [الاستئجار للسكن والإسكان] :

وإنْ أَكراهُ داراً ليَسكُنَها ويُسكِنَ بها مَنْ شاءَ . . فلَهُ أَنْ يُسكِنَها القصّارينَ ، والحدّادينَ ، وأَضرَّ مَنْ سكنَ ؛ لأَنَّهُ مأذونٌ فيهِ .

وإنْ قالَ : علىٰ أَنْ تسكُنَها بنفسِكَ ، أَو أَطلَقَ . . فلَهُ أَنْ يسكُنَها بنفسِهِ ، ولَه أَنْ يُسكِنَها مَنْ هوَ في مثلِ حالهِ ، ولا يُسكِنُها مَنْ هوَ أَضرُّ منهُ ، كالحدّادينَ ، والقصّارينَ .

وإنْ أَجَّرهُ إِيّاها علىٰ أَنْ يَسكُنَها بنفسِهِ ، ولا يُسكِنَها مِثلَهُ ، ولاَ مَنْ هوَ دونَهُ ، أَو أَجَّرَهُ بهيمةً ليركبَها في طريقٍ ، ولا يَركَبَها في مثلِهِ ولا دونِهِ ، ولا يُركِبَها مَنْ هوَ مثلُهُ ، أَو دونَهُ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : لا تصحُّ الإِجارةُ ؛ لأَنَّهُ شَرطٌ ينافي مقتضاها .

والثاني : الإِجارةُ صحيحةٌ والشرطُ باطلٌ ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ علىٰ المؤاجرِ بذٰلكَ ، فبقيتِ الإِجارةُ علىٰ مقتضاها .

والثالثُ : أَنَّ الإِجارةَ جائزةٌ ، والشرطَ صحيحٌ ؛ لأَنَّ المستأجِرَ لَم يملكِ المنفعةَ إِلاَّ مِنْ جهةِ المؤاجِرِ ، فلَم يملكْ غيرَ ما ملَّكَهُ إِيّاهُ .

مسألةٌ : [المستأجر يؤجر المؤجِّر وغيرهُ] :

إذا ٱستأجرَ عيناً وقبضَها . . فلَهُ أَنْ يؤاجِرَها مِنَ المؤاجِرِ ، ومِنْ غيرِهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ أَنْ يؤاجِرَها مِنَ المؤاجِرِ) .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ ما جازَ العقدُ عليهِ معَ غيرِ العاقدِ . . جازَ معَ العاقدِ ، كما لَوِ ٱشترىٰ عيناً وقبضَها . ولأَنَّ علىٰ قولِ مَنْ قالَ مِنْ أَصحابِنا : عقدُ الإجارةِ وقعَ علىٰ العينِ ، وقدْ قبضَ العينَ ، وعلىٰ قولِ من قالَ : إِنَّها وقعتْ علىٰ المنفعةِ ، فإِنَّ المنفعةَ قد صارتْ في حكمِ المقبوضِ . ولأَنَّهُ قد أَمكَنَهُ ٱستيفاؤُها ، فصارَ كما لَوِ ٱشترىٰ عيناً فقبضَها ، وإِنْ كانَ لَم يَقبِضْها .

فإِنْ أَجَّرها مِنْ غيرِ المُكري . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ المنفعةَ في محلِّها تحلُّ محلَّ الأَعيانِ ، بدليلِ : أَنَّها تُضمَنُ بالعقدِ الصحيحِ بالمسمّىٰ ، وبالفاسدِ بالمثلِ ، كبيعِ الأَعيانِ ، وقد ثبتَ أَنَّهُ لوِ ٱبتاعَ عيناً لَم يَجُزْ لَهُ أَنْ يبيعَها قبلَ أَنْ يقبضَها ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

والثاني : يجوزُ ، وهوَ قولُ أَبي العبّاسِ ؛ لأَنَّ قبضَ العينِ في الإجارةِ لا تأثيرَ لَهُ في قبضِ المنفعةِ ، أَلا ترىٰ أَنَّهُ إِذا ٱستأجرَ داراً ، فقبضَها ، وٱنهدمتْ قبلَ ٱستيفاءِ المنفعةِ . . ٱنفسختِ الإجارةُ ، كما لوِ ٱنهدمتْ قبلَ القبضِ ؟ **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

وإِنْ أَجَّرَها المستأَجِرُ مِنَ المؤاجِرِ قبلَ القبضِ ، فإِنْ قُلْنا : يصحُّ أَنْ يؤاجِرَهَا مِنْ غيرِهِ . . فمِنْهُ أَولىٰ أَنْ يصحَّ ، وإِنْ قُلْنا : لا يصحُّ أَنْ يؤاجِرَها مِنْ غيرِ المؤاجِرِ . . فهلْ يصحُّ أَنْ يؤاجِرَها مِنَ المؤاجِرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لِما ذكرناهُ في الأَجنبيِّ .

والثاني : يصحُّ ؛ لأَنَّها في قبضَتِهِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لأَنَّ هٰذا يبطلُ بمَنِ ٱشترىٰ عيناً وباعَها مِنْ بائِعِها قبلَ القبضِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فيجوزُ أَنْ يؤَاجِرَها بمثلِ ما ٱستأجرَها بهِ ، وبأَقلَّ منهُ ، وبأَكثرَ منهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ أَنْ يؤاجِرَها بأَكثرَ منهُ إلاَّ أَنْ يكونَ قدْ أَحدثَ فيها عمارةً) .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ ما جازَ أَنْ يؤَاجِرَهُ بمثلِ ما ٱستأجَرَهُ . . جازَ أَنْ يؤَاجِرَهُ بأَكثرَ منهُ ، كما لَو أَحدثَ فيها عِمارةً .

مسأَلةٌ : [زرع ما لا يستحصد قبل مضي مدة الإجارة] :

إذا ٱكترىٰ أَرضاً مدَّةً ليزرَعها ، وأَطلقَ . . فقدْ مضىٰ في ذٰلك وجهانِ ، **الأَصحُّ** : أَنَّ الإِجارةَ صحيحةٌ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ أَرادَ المستأْجِرُ أَنْ يزرعَ فيها زرعاً لا يُستَحصَدُ في مثلِ تلكَ المدَّةِ . . فهلْ للمُكري أَنْ يمنعَهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[الأول] : قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : لا يُمنعُ منهُ ؛ لأَنَّهُ يستحقُّ الزراعةَ إِلىٰ أَنْ تنقضيَ المدَّةُ ، فلا يجوزُ منعُهُ منهُ قبلَ ٱنقضائِها ، ولأَنَّهُ لا خلافَ أَنَّهُ إِذا سبقَ وزرعَ . . لَم يُجبرْ علىٰ قلعِهِ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ، فلَمْ يُمنَعْ مِنْ زراعتِهِ .

و **[الثاني]** : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : يُمنعُ مِنْ زراعتِهِ ؛ لأَنَّهُ متعدٍّ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يستحقُّ منفعةَ الأَرضِ أَكثرَ مِنَ المدَّةِ المقدَّرةِ ، وإِذا أَرادَ أَنْ يزرعَ ما لا يُستَحصَدُ فيها . . فربَّما رأَىٰ حاكمٌ تبقيةَ الزرعِ إِلىٰ أَنْ يُحصَدَ ، فيؤَدِّي ذٰلكَ إِلىٰ الضَّررِ بصاحبِ الأَرضِ .

فإِنْ بادرَ وزرعَ ، أَو قُلْنا بالأَوَّلِ : إِنَّه لا يمنعُ . . لَم يَكُنْ لصاحبِ الأَرضِ مطالبتُهُ بقلعِهِ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ؛ لأَنَّهُ ملكَ منفعةَ الأَرضِ فيها ، فإِذا ٱنقضتِ المدَّةُ . . فلَهُ أَنْ يطالبَهُ بنقلِهِ ؛ لأَنَّهُ لاَ يفيدُ[1] تقديرُ الإِجارةِ بالمدَّةِ إِلاَّ ذٰلكَ ، فإِنِ ٱتَّفقا علىٰ تركِهِ بعاريَّةٍ أَو أُجرةٍ . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهُما .

---

(١) في (م) : (يقبل) .

فرعٌ : [مضت المدَّة والزرع لم يستحصد] :

وإنِ ٱكترىٰ أَرضاً مدَّةً ليزرعَها ، فزرَعَها ، وٱنقضتِ المدَّةُ والزرعُ لَم يُستحصَدْ . . فلا يخلو : إمّا أَنْ يكونَ ٱستأجَرَها لزرعٍ مطلقٍ ، أَو لزرعٍ معيَّنٍ .

فإنْ كانَ ٱستأجَرَها لزرعٍ مطلقٍ ، وقُلْنا : يصحُّ ، فإنْ لَم يَستحصد لتفريطٍ مِنَ المُكتري ، بأَنْ زرعَ في الأَرضِ زرعاً لا يُستحصَدُ في مثلِ تلكَ المدَّةِ ، أَو كانَ ممّا يُستحصَدُ فيها إلاَّ أَنَّهُ أَخَّرَ زراعتَهُ . . فللمُكري أَنْ يطالبَهُ بنقلِهِ عندَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ؛ لأنَّهُ لا يفيدُ تقديرُ الإجارةِ بالمدَّةِ إلاَّ تفريغَ العينِ المستأجَرةِ ، فإنِ ٱتَّفقا علىٰ تركِ الزرعِ إلىٰ الحصادِ بإعارَةٍ أَو إجارةٍ . . جازَ . وإنْ لَم يُستحصَدْ بغيرِ تفريطٍ منهُ ، بأَنِ ٱشتدَّ البردُ ، أَو قلَّ المطرُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُجبرُ المُكتري علىٰ نقلِ الزرعِ ؛ لأنَّهُ فرَّطَ ، أَو كانَ يمكنُهُ أَنْ يستظهرَ بالزيادةِ في مدَّةِ الإجارةِ .

فعلىٰ هٰذا : إنِ ٱتَّفقا علىٰ تركِهِ بإجارَةٍ أَو إعارةٍ إلىٰ الحصادِ . . جازَ .

والثاني : لا يُجبرُ علىٰ نقلِهِ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأنَّهُ لا صنيعَ لَه في تأَخُّرِ الزرعِ ، وقدْ زرعَ ما يجوزُ لَه زرعُهُ ، وما قالَهُ الأَوَّلُ . . غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّهُ لا فائدةَ في أَنْ يَكتريَ أَكثرَ ممّا جرتِ العادةُ بأَنْ يُدرَكَ الزرعُ فيهِ في الغالبِ ؛ لأَنَّ فيهِ تضييعَ الأُجرةِ ، و : (قدْ نهىٰ النبيُّ ﷺ عَنْ إضاعةِ المالِ)[١] .

فعلىٰ هٰذا : يجبُ للمُكري أُجرةُ المثلِ لِمَا زادَ علىٰ مدَّةِ الإجارةِ ؛ لأنَّهُ لا يجوزُ الإضرارُ بهِ في تعطيلِ منفعةِ أَرضِهِ بغيرِ عِوَضٍ .

وإنْ كانَ ٱستأجرَ الأَرضَ لزرعٍ معيَّنٍ لا يُستَحصَدُ في مثلِ تلكَ المدَّةِ . . نَظرتَ :

فإنْ شرطَ عليهِ قلعَهُ عندَ ٱنقضاءِ المدَّةِ . . فالإجارةُ صحيحةٌ ؛ لأَنَّ لَه غرضاً في

---

(١) سلف ، ورواه عن المغيرة البخاري (١٤٧٧) في الزكاة ، ومسلم (١٧١٥) م (١٢) في الأقضية ، وله شواهد بألفاظ متعددة .

قلعِهِ ، فإذا ٱنقضتِ المدَّةُ . . أخذَ بقلعِهِ ؛ لقولِه ﷺ : « المُؤْمِنُوْنَ علىٰ شُرُوْطِهِمْ » ، وإنِ ٱتَّفقا علىٰ تركِهِ بإجارةٍ أو إعارةٍ . . جازَ .

وإنْ شرطَا تبقيةَ الزرعِ فيها إلىٰ أَنْ يُستحصَدَ . . فالإجارةُ باطلةٌ ؛ لأنَّهُ شرطٌ ينافي مقتضىٰ الإجارةِ ، فأبطلَها ، ولَهُ أَنْ يمنعَهُ مِنَ الزراعةِ ، فإنْ بادرَ المُكتري ، فزرَعَها قبلَ المنعِ . . لَم يُجبَرْ علىٰ نقلِهِ ؛ لأنَّهُ زرعٌ مأذونٌ فيهِ ، ويجبُ للمُكري أُجرةُ المثلِ ؛ لأنَّهُ ٱستوفىٰ منفعةَ أرضهِ بعقدٍ باطلٍ .

وإنْ أَطلقا ولَم يَشرطا القلعَ ولا التبقيةَ . . فإنَّ الإجارةَ صحيحةٌ ؛ لأَنَّ الانتفاعَ بالزرعِ في تلكَ المدَّةِ ممكنٌ ، وهلْ يُجبَرُ علىٰ نقلِهِ عندَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**الأول**] : قالَ أَبو إسحاقَ : يُجبَرُ ؛ لأَنَّهُ لا يفيدُ تقديرُ الإجارةِ بالمدَّةِ إلاَّ ذٰلكَ ، فإنْ تَراضيا علىٰ تركِهِ بإجارَةٍ أَو إعارَةٍ . . جازَ .

و [**الثاني**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يُجبَرُ ؛ لأَنَّ المُكريَ لمّا أَجَّرَهُ أَرضَهُ مدَّةً لزرعٍ لا يُستحصَدُ فيها . . فقدْ رضيَ بتركِهِ فيها ؛ لأَنَّ العادةَ جرتْ أَنَّ الزرعَ لا يُحصَدُ إلاَّ بعدَ أَنْ يُستحصَدَ .

فعلىٰ هٰذا : يجبُ للمُكري أُجرةُ مثلِ أَرضهِ ؛ لمَا زادَ علىٰ مدَّةِ الإجارةِ .

فرعٌ : [يلزم المكتريَ قلعُ ما بقي بعد الحصاد] :

وإذا ٱكترىٰ أَرضاً للزراعةِ ، فزرَعَها ، وحصدَ زَرْعَهُ . . فإنَّهُ يلزمُ المُكتريَ قلعُ ما بقيَ في الأَرضِ مِنْ قصبِ الزرعِ وعروقِهِ ؛ لأَنَّهُ عينُ مالِهِ ، فلزِمَهُ إزالتُهُ عَنْ أَرضِ الغيرِ .

مسأَلةٌ : [غرْس زرعٍ بعد ٱنقضاء المدَّة وقبلها] :

وإنِ ٱكترىٰ أَرضاً مدَّةً للغِراسِ . . فليسَ لَهُ أَنْ يغرِسَ بعدَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ؛ لزوالِ العقدِ ، فإنْ غرسَ شيئاً بعدَ المدَّةِ . . أَخذَ بقلعِهِ ؛ لأَنَّهُ غرسٌ غيرُ مأذونٍ فيهِ ، وأَمّا ما غرسَهُ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ : فينظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ قد شرطَ قلعَهُ بعدَ انقضاءِ المدَّةِ . . أخذَ بقلعِهِ ؛ لأنَّهُ دخلَ في العقدِ علىٰ ذٰلكَ ، ولا يجبُ علىٰ المُكري غرامةُ ما نقصَ الغراسُ بالقلعِ ، ولا علىٰ المُكتري تسويةُ حُفَرِ الأرضِ ، ولا أَرشُ نقصِها بالقلعِ ؛ لأنَّهما رضيا بذٰلكَ .

فإنْ قيلَ : هلاَّ قلتُم : إنَّ شرطَ القلعِ[1] يُبطِلُ هٰذهِ الإجارةَ ؛ لأنَّ إطلاقَها يقتضي التبقيةَ ، وكلُّ عقدٍ صحَّ مطلقاً بَطلَ بالتوقيتِ ، كالنكاحِ ؟

قُلنا : التبقيةُ بعدَ المدَّةِ ليستْ مِنْ مقتضىٰ العقدِ ، فلذٰلكَ لَم يَبطُلِ العقدُ إذا شرطَ ما يخالفُ مقتضاهُ ، وإنَّما التبقيةُ مِنْ مقتضىٰ الإذنِ ، فلذٰلكَ شَرطُ القلعِ لَم يؤثِّرْ في العقدِ .

وإنْ لَم يشرُطا القلعَ ، ولكنْ أَطلقا أَو شَرطا التبقيةَ . . فالحكمُ فيهما واحدٌ .

فإنْ لَم يخترِ المكتري القلعَ . . لَم يُجبرْ علىٰ قلعِهِ مِنْ غيرِ عِوَضٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، والمُزنيُّ : (يُجبرُ علىٰ قلعهِ مِنْ غيرِ عِوَضٍ) .

وقالَ مالكٌ : (المُكري بالخيارِ : بينَ أَنْ يطالِبَ بالقلعِ مِنْ غيرِ ضمانٍ ، أَو يدفعَ قيمتَهُ ليكونَ لَه ، أَو يبقيَهُ في الأَرضِ ، ويكونا شريكينِ) .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « لَيسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » . وهٰذا ليسَ بظالمٍ ، فوجبَ أَنْ يكونَ لَه حقٌّ ، ولأَنَّ كلَّ مَنِ اكترىٰ مِلكاً لغيرِهِ . . فإنَّ تفريغَهُ علىٰ حسَبِ العادةِ[2] ، والعادةُ في الشجرِ أَنَّهُ يرادُ للتأبيدِ ، ولا ينقلُ حتّىٰ يجفَّ وييبسَ[3] .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنِ اختارَ المُكري أَنْ يقلعَ غراسَهُ . . كانَ لَه ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ عينُ مالِهِ ، فملَكَ نقلَهُ إلىٰ حيثُ شاءَ ، وهلْ يلزمُهُ تسويةُ حُفَرِ الأَرضِ ، وأَرشُ نقصٍ إنْ حدثَ بها لأجلِ القلعِ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ قلعَهُ بعدَ انقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ . . لزمَهُ ذٰلكَ . واختلفَ أَصحابُنا في تعليلِهِ :

---

(١) في (م) : (القطع) .
(٢) في نسخة : (الحاجة) .
(٣) في (م) : (ويتلف) .

فمنهُم مَنْ قالَ : لأَنَّهُ قلعَ غراسَهُ مِنْ مِلكِ الغيرِ بغيرِ إذنهِ ، فهوَ كالغاصبِ .

ومنهُم مَنْ زادَ وصفاً آخرَ ، فقالَ : لأَنَّهُ قلعَهُ مِنْ أَرضِ غيرهِ بغيرِ إذنهِ ، ولا يدَ لَهُ عليها .

وإنْ كانَ ذٰلكَ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ، فمَنْ قالَ بالتعليلِ الأَوَّلِ . . فإنَّهُ قالَ : يجبُ عليهِ تسويةُ الأَرضِ وأَرشُ النقصِ ، ومَنْ قالَ بالثاني . . قالَ : لا يجبُ عليهِ هاهُنا شيءٌ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

وإنْ لَم يَخترِ المُكتري القلعَ . . فالمُكري هاهُنا بالخيارِ بينَ ثلاثةِ أَشياءَ :

[**الأوَّل**] : بينَ أَنْ يُعطيَ المُكتريَ قيمةَ غِراسِهِ ، ويتملَّكَهُ معَ أَرضِهِ . قالَ الشافعيُّ : (وإنْ كانتْ عليهِ ثمرةٌ . . أَعطاهُ قيمةَ الثمرةِ أَيضاً ؛ لأَنَّها مِلكٌ لصاحبِ الغراسِ) . فلمّا جازَ أَنْ يعطيَهُ قيمةَ الشجرةِ ويملِكَها . . فكذٰلكَ الثمرةُ .

و [**الثاني**] : بينَ أَنْ يقلعَ الغراسَ ، ويضمنَ ما نقصَ بالقلعِ ، فيقالُ : كَم قيمتُهُ وهوَ ثابتٌ ؟ فإنْ قيلَ : مئةٌ . . قيلَ : فكَمْ قيمتُهُ وهوَ مقلوعٌ ؟ فإنْ قيلَ : خمسونَ . . دفعَ إليهِ خمسينَ ، وقلعَ .

و [**الثالثُ**] : بينَ أَنْ يُقِرَّ الغِراسَ في الأَرضِ ، ويطالبَهُ بأُجرةِ مثلِها ؛ لأَنَّ الضررَ يزولُ عنهُما بذٰلكَ .

فإنِ ٱختارَ إقرارَهُ بالأُجرةِ ، ثمَّ بدا للمُكري ، وبَذَلَ قيمتَهُ ليتملَّكَهُ ، أَو بَذَلَ أَرشَ نقصِهِ ليقلَعَهُ . . كانَ لَه ذٰلكَ . وكذٰلكَ : لوِ ٱختارَ المُكتري قلعَ غراسِهِ بعدَ أَنْ كانَ قد رضيَ ببذلِ الأُجرةِ . . كانَ لَه ذٰلكَ .

فإنْ باعَ صاحبُ الغِراسِ غِراسَهُ مِنْ صاحبِ الأَرضِ . . صحَّ بيعُهُ ، وإنْ باعَهُ مِنْ غيرِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ عليهِ غيرُ مستقرٍّ ؛ لأَنَّ لصاحبِ الأَرضِ أَنْ يبذلَ قيمتَهُ ليتملَّكَهُ .

والثاني : يصحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ مِلكَهُ ثابتٌ عليهِ في الحالِ ، وٱستحقاقَ المُكري إزالةَ ملكِهِ عنهُ لا يمنعُ صحّةَ البيعِ ، كما لَو باعَ ما فيهِ الشُّفعةُ .

فرعٌ : [غرس أرضاً في إجارة فاسدة] :

فإِنِ اكترىٰ أَرضاً كِراءً فاسداً ، فغرسَ فيها أَو بنىٰ . . كانَ الحكمُ في قلعِ ذٰلكَ أَو إِقرارِهِ حكْمَ ما ذكرناهُ في الإِجارةِ الصحيحةِ ؛ لأَنَّهُ مأذونٌ فيهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ ما يوجبُ فسخَ الإِجارةِ

إِذا وجدَ المستأجِرُ بالعينِ التي ٱستأجرَها عيباً لَم يَعلمْ بهِ ، تنقُصُ بهِ المنفعةُ ، بأَنْ وجدَ الظَهرَ أَعرجَ ، أَو وجدَ العبدَ المستأجَرَ للخدمةِ أَجذَمَ ، أَو أَبرصَ ، أَوِ ٱنقطعَ الماءُ في البئرِ في الدارِ المستأجَرةِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . فلَهُ أَنْ يردَّ العينَ بالعيبِ ؛ لأَنَّ إِطلاقَ العقدِ يقتضي السلامةَ مِنَ العيبِ ، فثبتَ لَهُ الردُّ لأَجلِهِ ، كما لوِ ٱشترىٰ عيناً ، فوجدَ بها عيباً ، وكذٰلكَ : إِذا حدثَ العيبُ في العينِ المستأجَرةِ في يدِ المستأجِرِ . . فلَهُ أَنْ يردَّها ؛ لأَنَّ العينَ في يدِ المستأجِرِ كالعينِ في يدِ المؤاجِرِ ، فإِذا ثبتَ لَه الردُّ فيما كانَ موجوداً في يدِ المؤاجِرِ . . فكذٰلكَ بما أُحدثَ في يدِ المستأْجِرِ .

وإِنِ ٱكترىٰ أَرضاً للزراعةِ فزَرعَها ، فأَفسدَ الماءُ أَو الجرادُ زرعَهُ ، أَوِ ٱكترىٰ[1] دكّاناً ليبيعَ فيهِ البزَّ ، فٱحترقَ بزُّهُ . . لَم يكنْ لَهُ أَنْ يفسخَ الإِجارةَ ؛ لأَنَّ المنفعةَ لَم تَهلِكْ ، وإِنَّما هلَكَ مالُ المستأجِرِ .

وأَمّا إِذا جاءَ سيلٌ فغرَّقَ الأَرضَ المستأجَرةَ ، أَو زادَ نهرٌ فغرَّقَها . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ كانَ السيلُ والماءُ ينفصلُ عنها بعدَ يومٍ أَو يومينِ ، أَو بعدَ مدَّةٍ لا تفوتُ بها الزراعةُ . . فإِنَّ الإِجارةَ لا تنفسخُ ؛ لأَنَّ المنفعةَ لَم تهلِكْ ، وإِنَّما عارَضَها عارضٌ ، إِلاَّ أَنَّ لَه خيارَ الفسخِ ؛ لأَنَّ المنفعةَ تأَخَّرتْ ، فهوَ كإِباقِ العبدِ المستأجَرِ ، وإِنْ كانَ الماءُ بحيثُ لا يزولُ عنها ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ عقيبَ عقدِ الإِجارةِ . . ٱنفسختِ الإِجارةُ ؛ لأَنَّ المنفعةَ قدْ تلِفتْ ، ويستردُّ المستأجِرُ المسمّىٰ إِنْ كانَ قد دفعَهُ ، وإِنْ كانَ قدْ مضىٰ مِنْ زمانِ الإِجارةِ مدَّةٌ لها أُجرةٌ . . ٱنفسخَ العقدُ فيما بقيَ مِنْ مدَّةِ الإِجارةِ ، وهلْ ينفسخُ فيما مضىٰ منْها ؟ علىٰ الطريقين فيمَنِ ٱشترىٰ عبدينِ ، فتلفَ أَحدُهما قبلَ القبضِ .

فإِذا قُلنا : تنفسخُ في الجميعِ . . وجبتْ عليهِ أُجرةُ المِثلِ ؛ لِمَا مضىٰ مِنَ المدَّةِ .

وإِنْ قُلنا : تنفسخُ في الباقي لا غيرَ . . ثبتَ للمستأجِرِ الخيارُ فيما مضىٰ مِنَ المدَّةِ ؛

---

(١) في (م) : (استأجر) .

لأنَّ الصفقةَ تفرَّقَتْ عليه ، فإنْ فَسخَ العقدَ فيها . . كانَ كما لَو قُلنا : ينفسخُ ، وإنْ لَم يَفسخْ . . قُسِّمَ المسمّىٰ علىٰ أُجرةِ المِثلِ لِمَا مضىٰ ، وأُجرةِ المِثلِ لِمَا بقيَ مِنَ المدَّةِ .

وإنِ ٱستأجرَ داراً فتشعَّثتْ . . لزمَ المُكريَ إصلاحُها ، فإنْ أَصلَحها . . فلا كلامَ ، وإنْ لَم يصلِحْها . . فللمستأجِرِ الخيارُ في فسخِ الإجارةِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ عيبٌ بها . وإنْ لَم تفسخْ حتّىٰ مضتْ مدَّةُ الإجارةِ . . فهلْ يَلزمُهُ جميعُ الأُجرةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَلزمُهُ جميعُ الأُجرةِ ؛ لأنَّهُ لَم يستوفِ جميعَ المنفعةِ ، فهوَ كما لو سكَنها بعضَ المدَّةِ ، فٱنهدمتْ .

فعلىٰ هٰذا : يقالُ : كَم أُجرةُ مثلِ هٰذهِ الدارِ قبلَ التشعُّثِ ؟ فإنْ قيلَ : عشرونَ . . قيلَ : فكَم أُجرةُ مِثلِها وهيَ متشعِّثةٌ ؟ فإنْ قيلَ : خمسةَ عشرَ . . سقطَ عنهُ مِنَ المسمّىٰ رُبعُهُ إنْ وُجِدَ التشعُّثُ في ٱبتداءِ مدَّةِ الإجارةِ ، وإنْ وُجِدَ بعدَ مضيٍّ بعضِ المدَّةِ ، بأَنْ مضىٰ مِنَ المدَّةِ نصفُها . . رجعَ بثُمنِ الأُجرةِ .

والوجهُ الثاني : يَلزمُهُ جميعُ الأُجرةِ المسمّاةِ ؛ لأنَّهُ رضيَ بسُكناها ناقصةً ، فلزِمَه جميعُ المسمّىٰ ، كما لوِ ٱشترىٰ عبداً ، فوجدَ بهِ عيباً ولَم يردَّهُ .

فرعٌ : [ردُّ العين المستأجرة بالعيب] :

ومتىٰ ردَّ العينَ المستأجَرةَ بالعيبِ ، فإنْ كانتِ الإجارةُ وَقعتْ علىٰ عينِها . . لَم يكنْ لَه أَنْ يطالِبَ ببدلِها ، كما لوِ ٱشترىٰ عبداً ، فوجدَ بهِ عيباً فردَّهُ . . فإنَّهُ لا يطالِبُهُ ببدلِهِ .

فإنْ ردَّها بالعيبِ قبلَ أَنْ يمضيَ شيءٌ مِنَ المدَّةِ . . ٱنفسخَ العقدُ ، ورجعَ بجميعِ المسمّىٰ ، وإنْ كانَ ذٰلكَ بعدَ أَنْ مضىٰ شيءٌ مِنَ المدَّةِ . . ٱنفسختِ الإجارةُ فيما بقيَ مِنَ المدَّةِ ، وهلْ تنفسخُ فيما مضىٰ ؟ علىٰ الطريقينِ .

وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ عينٍ في الذمَّةِ . . لَم تنفسخِ الإجارةُ بردِّ العينِ ، بلْ لَه أَنْ يطالِبَ ببدلِها سليمةً[1] ، كما لَو أَسلمَ إليهِ علىٰ شيءٍ ، فدفعَهُ إليهِ ، فوجدَ بهِ عيباً .

---

(١) في نسخة : (وتسليمه) .

مسأَلةٌ : [استأجر دابة فماتت] :

وإنِ ٱستأجرَ مِنْ رجلٍ عبداً ، فماتَ قبلَ قبضِ العبدِ ، أَو بهيمةً بعينِها ، فماتتْ ، فإنْ كانَ ذٰلكَ قبلَ أَنْ يقبضَها المستأْجِرُ . . ٱنفسختِ الإجارةُ ، كما لوِ ٱشترىٰ عبداً ، فماتَ قبلَ القبضِ . وإنْ قبضَهُ المستأجِرُ وٱستوفىٰ المنفعةَ ، ثمَّ ماتَ العبدُ ، أَوِ البهيمةُ . . لَم يؤثِّرْ ذٰلكَ في الإجارةِ ؛ لأَنَّهُ قدِ ٱستوفىٰ المنفعةَ . وإنْ ماتَ بعدَ أَنْ قبضَهُ المستأجِرُ ، وقبلَ أَنْ يمضيَ شيءٌ مِنْ مدَّةِ[1] الإجارةِ . . ٱنفسختِ الإجارةُ ، **وبهِ قالَ كافَّةُ الفقهاءِ** ، إلاَّ أَبا ثورٍ ، فإنَّهُ قالَ : (لا تنفسخُ ، كما لوِ ٱشترىٰ عبداً ، فقبضَهُ ، ثمَّ ماتَ في يدِهِ) . وهٰذا خطأٌ ؛ لأَنَّ المعقودَ عليهِ هوَ المنفعةُ ، وقدْ تلفتْ قبلَ القبضِ ، فٱنفسختِ الإجارةُ ، كما لَو ماتَ قبلَ القبضِ .

وإنْ ماتَ العبدُ بعدَ أَنِ ٱستوفىٰ المستأجِرُ بعضَ المنفعةِ وبقيَ البعضُ . . ٱنفسختِ الإجارةُ فيما بقيَ ، وهلْ تنفسخُ فيما مضىٰ ؟ علىٰ الطريقينِ .

مسأَلةٌ : [استأجر داراً فهدمت] :

وإنِ ٱستأجَرَ داراً للسُّكنىٰ فٱنهدمتْ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (تنفسخُ الإجارةُ)[2] ، وقالَ فيمَنْ أَجَّرَ أَرضاً للزراعةِ ، فٱنقطعَ ماؤُها : (فإنَّ الإجارةَ لا تنفسخُ[3] ، ولٰكنْ يثبتُ للمستأجِرِ الخيارُ في فسخِ الإجارةِ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهما قولانِ :

أَحدُهما : تنفسخُ فيهما الإجارةُ ؛ لأَنَّ المنفعةَ المعقودَ عليها قدْ تلفتْ ، فهو كما لَو ماتَ العبدُ المستأجَرُ .

---

(١) في (م) : (هٰذه) .
(٢) لفوات المنفعة .
(٣) في نسخة : (لا تنقطع) .

والثاني : لا تنفسخُ الإجارةُ فيهما ؛ لأَنَّ المنفعةَ فيهما لم تتلفْ ، وإنَّما نقَصتِ المدَّةُ ، فهوَ كما لَو تشعَّثتِ[1] الدارُ المستأجَرةُ .

ومنهمْ مَنْ حملَهما علىٰ ظاهرِهما ، فقالَ : تنفسخُ الإجارةُ في الدّارِ ، ولا تنفسخُ في الأَرضِ ؛ لأَنَّ الدّارَ غيرُ باقيةٍ بعدَ الانهدامِ ، والأَرضَ باقيةٌ بعدَ ٱنقطاعِ الماءِ .

فرعٌ : [غصب العين المستأجرة] :

وإنْ غُصبتِ العينُ المستأجَرةُ مِنْ يدِ المستأجِرِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ منفعةٍ في الذمَّةِ . . لَم تنفسخِ الإجارةُ ، فيطالبُ المستأجِرُ المؤاجِرَ بإقامةِ عينٍ غيرِها مَقامَها ؛ لأَنَّ المعقودَ عليهِ في ذمَّتِهِ .

وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ منفعةِ تلكَ العينِ . . نظرتَ :

فإنْ غصبَها أَجنبيٌّ . . فللمستأجِرِ فسخُ الإجارةِ ؛ لأَنَّهُ تأَخَّرَ حقُّهُ ، فإنْ فسخَ . . فلا كلامَ ، وإنْ لَم يفسخْ ، فإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ عملٍ . . لَمْ تنفسخْ ، بلْ متىٰ وجدَ العينَ المستأجَرةَ . . ٱستوفىٰ منفعتَهُ منها ، وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ مدَّةٍ ، فمضتِ المدَّةُ . . فهوَ كما لوِ ٱشترىٰ عيناً ، فأَتلفَها أَجنبيٌّ قبلَ القبضِ .

وإنْ غصبَها المؤاجِرُ وكانتْ علىٰ مدَّةٍ ، فمضتْ قبلَ أَنْ يفسخَ المستأجِرُ الإجارةَ . . فعلىٰ الطريقينِ في العينِ المبيعةِ إذا أَتلفَها البائِعُ قبلَ القبضِ .

مسأَلةٌ : [ٱستكرىٰ مرضعة فماتت] :

وإنِ ٱستأجرَ ٱمرأَةً للإرضاعِ ، فماتتِ المرأَةُ ، فإنْ كانَ قبلَ أَنْ يمضيَ شيءٌ مِنَ المدَّةِ . . ٱنفسختِ الإجارةُ ، وإنْ كانَ بعدَ أَنْ مضىٰ شيءٌ مِنَ المدَّةِ وبقيَ البعضُ . . ٱنفسختِ الإجارةُ فيما بقيَ ، وهلْ تنفسخُ فيما مضىٰ ؟ فيهِ طريقانِ .

وإنْ ماتَ الصبيُّ قبلَ أَنْ يمضيَ شيءٌ مِنَ المدَّةِ . . ففيهِ قولانِ :

---

(١) تشعثت : تفرقت وانتشرت .

أَحدُهما : لا تنفسخُ الإجارةُ بموتِهِ ؛ لأَنَّهُ مستوفىً بهِ ، فلا تبطلُ الإجارةُ بموتِهِ ، كالراكبِ .

والثاني : تنفسخُ ، **وهوَ المشهورُ** ؛ لأَنَّ العقدَ وقعَ علىٰ إِيقاعِ الفعلِ فيهِ ، وقدْ تعذَّرَ ذٰلكَ بموتِهِ ، فٱنفسختِ الإجارةُ ، كما لوِ ٱستأجَرهُ لخياطةِ ثوبٍ ، فتلِفَ الثوبُ .

فإذا قُلنا بالأَوَّلِ . . أُقيمَ غيرُ الصبيِّ مَقامَهُ ، إنْ تَراضيا علىٰ ذٰلكَ . . جازَ ، وإنْ تشاحّا . . فُسخَ العقدُ .

فرعٌ : [قذف الطفل لبن المرضع] :

وإنِ ٱستأجرَ ٱمرأَةً علىٰ إرضاعِ صبيٍّ ، فصارَ الصبيُّ يقذفُ مِنْ لبنِها . . قالَ الصيمريُّ : فللمستأجِرِ أَنْ يفسخَ الإجارةَ ؛ لأَنَّهُ عيبٌ فيها .

فرعٌ : [ٱستنكف عن ٱستئجار الطبيب] :

وإنِ ٱستأجرَ رجلاً ليقلعَ لَه ضِرساً أَلِماً ، فبرِىءَ ، أَو ليكحلَ لَه عيناً عليلةً ، فبرئَتْ قبلَ الكحالِ . . فهوَ كما لَو ماتَ الصبيُّ الَّذي ٱستؤجِرَ علىٰ إِرضاعِهِ علىٰ ما مضىٰ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ قلعُ ضرسٍ لا أَلَمَ فيهِ ، ولا كَحْلُ عينٍ لا علَّةَ بها .

وإنْ لَمْ يبرأْ ، ولكنِ ٱمتنعَ المستأجِرُ من القلعِ أَو الكَحلِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإِنَّهُ لا يُجبرُ عليهِ ؛ لأَنَّ الأَجيرَ إِذا بذلَ العملَ ومُكِّنَ منهُ . . وَجبَ علىٰ المستأجِرِ دفعُ الأُجرةِ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » : عندي أَنَّها لا تستقرُّ ، حتّىٰ إنَّ هٰذا الضرسَ لوِ ٱنقلعَ . . لانفسختِ الإجارةُ ، ووجبَ ردُّ الأُجرةِ ، كما قُلنا في النكاحِ إِذا مكَّنتِ الزوجةُ مِنْ نفسِها ولَم يَطأْها ، ويفارقُ إِذا حبسَ الدابَّةَ مدَّةَ المسافةِ . . فإِنَّ الأُجرةَ تجبُ عليهِ ؛ لأَنَّ المنافعَ تلِفتْ تحتَ يدِهِ .

مسأَلَةٌ : [موت الأجير في الحج] :

وإِنْ ماتَ الأَجيرُ في الحجِّ بعدَ قطعِ المسافةِ وقبلَ الإِحرامِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ حجٍّ في الذمَّةِ . . لَم تنفسخِ الإجارةُ ؛ لأَنَّ المعقودَ عليهِ يمكنُ آستيفاؤُهُ بعدَ موتهِ ، ولا يستحقُّ الأَجيرُ لِمَا قطعَ مِنَ المسافةِ شيئاً مِنَ الأُجرةِ .

وإِنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ عملِ الأجيرِ بنفسهِ . . بطَلتِ الإجارةُ ؛ لأَنَّ المعقودَ عليهِ عملُ الأَجيرِ بنفسهِ ، وقدْ فاتَ ذٰلكَ بموتهِ .

وهلْ يستحقُّ الأَجيرُ هاهُنا شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ **المنصوصُ للشافعيِّ** رحمهُ اللهُ : (أَنَّهُ لا يستحقُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ) .

وآستُفتيَ أَبو بكرٍ الصيرفيُّ وأَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ عامَ القرامطةِ[1] ، وقدْ أُحصرَ الناسُ قبلَ الإِحرامِ ، فأَفتيا : أَنَّ للأُجراءِ بقدرِ[2] ما قَطعوا مِنَ المسافةِ مِنَ الأُجرةِ ؛ لأَنَّ هٰذه المسافةَ لا بدَّ منها ، ولا يُتوصَّلُ إِلىٰ النُّسُكِ إِلاَّ بقطعِها ، فوجبتْ لها الأُجرَةُ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ الأُجرةَ إِنَّما يُقابَلُ المقصودُ بها ، وهيَ الأَفعالُ الواقعةُ علىٰ المستأجَرِ ، فأَمّا السببُ : فلا يقابلُهُ ، كما إذا آستأجرَهُ ليبنيَ لَه ، أَو ليخبزَ لَه ، فقرَّبَ آلةَ البناءِ وآلةَ الخَبزِ ، فماتَ قبلَ البناءِ والخَبزِ .

فأَمّا إِذا ماتَ الأَجيرُ بعد ما أَتىٰ بجميعِ أَركانِ الحجِّ ، وبقيَ عليهِ الرميُ والمبيتُ . . فقدْ سقطَ الحجُّ عَنِ المحجوجِ عنهُ ، ويلزمُ الأَجيرَ الجبرانُ بالدَّمِ لِما بقيَ عليهِ ، وهلْ يلزمُهُ أَنْ يردَّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ فيهِ طريقانِ :

---

(١) **القرامطة** : حركة سياسية لا تزال حقيقتها علىٰ كثير من الغموض لانقراض أتباعها ، تنسب إلىٰ داعيها الأول حمدان قرمط بالعراق ، وأظهرها في البحرين أبو سعيد الجنابي عام(٢٨٥) هـ ، (٨٩٩) م ، ثم سيطرت علىٰ كثير من البلاد الإسلامية ، ثم مكة المكرمة عام (٩٣٠) م ، ونقلوا منها الحجر الأسود ، وقتلوا الحجيج ، ثم رُدَّ الحجر بعد اثنتين وعشرين سنة ، كما انتزعوا دمشق من أيدي الفاطميين سنة (٩٧٠) م ، وزحفوا إلىٰ مصر ، فهزمهم المعزّ الفاطمي عام (٩٧٢) م ، ثم انتهىٰ أمرهم علىٰ يد العيونيين في البحرين (١٠٢٧) م .

(٢) في نسخة : (تقدير) .

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يردُّ شيئاً ؛ لأَنَّهُ قد جبرَ ما تركَهُ بالدَّمِ ، فصارَ كما لَو لَم يتركْ شيئاً .

والثاني : يردُّ ؛ لأَنَّهُ فعلَ بعضَ ما ٱستؤجِرَ عليهِ ، فصارَ كما لوِ ٱستأجرَهُ ليبنيَ لَه عشرةَ أَذرعٍ . . فبنىٰ لَه تسعةً .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يردُّ ، قولاً واحداً ؛ لِما ذكرناه .

وأَمّا الدَّمُ : فإِنَّهُ وجبَ علىٰ الأَجيرِ لحقِّ اللهِ تعالىٰ دونَ حقِّ المستأجِرِ .

وإِنْ ماتَ الأَجيرُ بعدَ الإِحرامِ وقبلَ أَنْ يأتيَ بالوقوفِ في الحجِّ ، أَو بالطوافِ والسعيِّ . . فهلْ يستحقُّ هاهُنا شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟

إِنْ قُلنا بقولِ الصيرفيِّ وأَبي سعيدٍ الإِصطخريِّ : إِنَّهُ يستحقُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ إِذا ماتَ بعدَ قطعِ المسافةِ وقبلَ الإِحرامِ . . فهاهُنا أَولىٰ أَنْ يستحقَّ .

وإِنْ قُلنا **بالمنصوصِ** : (إِنَّهُ لا يستحقُّ هناكَ شيئاً) . . فهلْ يستحقُّ الأَجيرُ هاهُنا شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يستحقُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؛ لأَنَّ ما أَتىٰ بهِ لا يُسقِطُ بهِ عَنِ المستأجِرِ الفرضَ ، فلَم يستحقَّ لَه أُجرةً ، كما لوِ ٱستأجرَ رجلٌ رجلاً ليردَّ عليهِ عبدَهُ الآبقَ ، فردَّهُ إِلىٰ بعضِ الطريقِ ، ثمَّ هربَ منهُ .

والثاني : يستحقُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؛ لأَنَّهُ قدْ عملَ بعضَ ما ٱستُؤجِرَ عليهِ ، فصارَ كما لوِ ٱستأجَرهُ ليبنيَ لَه عشرةَ أَذرعٍ . . فبنىٰ لَه تسعةً .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فكمْ يستحقُّ مِنَ الأُجرةِ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ علىٰ طريقينِ :

فـ [الأَوَّلُ] : **ذهبَ أَكثرُهم إِلىٰ** : أَنَّها علىٰ قولينِ :

أَحَدُهما : يُقسَّطُ علىٰ قطعِ المسافةِ والعملِ ، وإِنْ كانَ لوِ ٱنفردَ قطعَ المسافةَ . . لَم يستحقَّ لهُ شيئاً ؛ لأَنَّهُ هاهُنا تابعٌ للعملِ . ويجوزُ أَنْ يتناولَ العقدُ شيئاً علىٰ وجهِ التبعِ وإِنْ لَم يُفرَدْ ، كأَساسِ الحيطانِ ، وطيِّ الآبارِ ، يصحُّ بيعُه تبعاً لغيرِهِ ، ولا يصحُّ بيعُهُ وحدَهُ .

والثاني : يُقسَّطُ علىٰ العملِ وحدَهُ ؛ لأَنَّهُ المقصودُ ، بخلافِ قطعِ المسافةِ ، فإِنَّهُ لو قابلَها شيءٌ مِنَ العوضِ بعدَ العملِ . . لقابلَها قبلَ العملِ .

و [**الثاني**] : قالَ أَبو العبّاسِ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالموضعُ الَّذي قالَ : (تتقسَّطُ الأُجرةُ علىٰ العملِ خاصَّةً) إِذا ٱستأجرَهُ ليُحصِّلَ لَه حجَّةً ، ولَم يعيِّنِ المسيرَ مِنْ بلدِهِ .

والموضعُ الَّذي قالَ : (تتقسَّطُ الأُجرةُ علىٰ قطعِ المسافةِ والعملِ) إِذا ٱستأجرَهُ ليُحصِّلَ لَه حجَّةً مِنْ بلدِهِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فهلْ يجوزُ البناءُ علىٰ عملِ الأَجيرِ ؟ فيهِ قولانِ :

قالَ في **القديمِ** : (يجوزُ) ؛ لأَنَّهُ عملٌ تدخلُهُ النيابةُ ، فجازَ البناءُ عليهِ ، كسائرِ الأَعمالِ .

وقالَ في **الجديدِ** : (لا يجوزُ) . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ عبادةٌ يفسدُ أَوَّلُها بفسادِ آخِرِها ، فلا يتأَدَّىٰ بنفسينِ ، كالصومِ ، والصلاةِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنْ تفرقةِ الزكاةِ .

فإِنْ قُلنا بقولِه **الجديدِ** ، فإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ عملِ الأَجيرِ بنفْسِهِ . . بطَلتْ بموتِهِ ، فإِنْ كانَ وقتُ الوقوفِ باقياً . . ٱستأجرَ المستأجِرُ مَنْ يُحرِمُ عنهُ بالحجِّ ، وإِنْ كانتِ الإِجارةُ في الذمَّةِ . . لَم تبطلِ الإِجارةُ بموتِ الأَجيرِ ، ويستأجِرُ ورثةُ الأَجيرِ مَنْ يستأنفُ الإِحرامَ عَنِ المستأجِرِ . وإِنْ فاتَ وقتُ الوقوفِ . . تأَخَّرَ الحجُّ إِلىٰ السنةِ الثانيةِ ، فإِنْ كانتِ الإِجارةُ عَنْ حيٍّ . . فلَهُ أَنْ يفسخَ الإِجارةَ ، ويسترجعَ الأُجرةَ ، وإِنْ كانتْ عَنْ ميْتٍ . . لَم يكنْ للوصيِّ أَنْ يفسخَ الإِجارةَ ؛ لأَنَّ الحيَّ يستفيدُ بالفسخِ التصرُّفَ في الأُجرةِ ، وهٰذا لا يوجدُ في الإِجارةِ عَنِ الميِّتِ .

وإِنْ قُلنا بقولِهِ **القديمِ** ، فإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ عملِ الأَجيرِ بنفسهِ . . بطَلتْ بموتهِ ، ويكونُ الَّذي يتولَّىٰ الاستئجارَ لمَنْ يُتِمُّ هوَ المستأجِرُ ، وإِنْ كانتِ الإِجارةُ علىٰ حجٍّ في الذمَّةِ . . لَم تبطلْ بموتهِ ، ويكونُ الَّذي يتولّىٰ الاستئجارَ لمَنْ يُتِمُّ هوَ وارثُ الأَجيرِ .

وأَمّا ما يُحرِمُ بهِ الأَجيرُ الثاني : فينظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ وقتُ الوقوفِ باقياً . . فإنَّ الثاني يُحرمُ بالحجِّ مِنْ مكانِهِ ، ولا يجبُ الدمُ ؛ لأنَّهُ بنىٰ علىٰ إحرامِ الأوَّلِ .

وإنْ كانَ قدْ فاتَ وقتُ الوقوفِ بعدَ وقوفِ الأوَّلِ . . ففيهِ ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدُها ـ وهوَ قولُ أبي إسحاقَ ـ : أنَّهُ يُحرِمُ بالعمرةِ ، ويطوفُ ويسعىٰ ؛ لأنَّهُ لا يجوزُ أنْ يُحرِمَ بالحجِّ في غيرِ أشهرِ الحجِّ ، ولا يأتي بالرميِ والمبيتِ ؛ لأنَّهُ ليسَ في العمرةِ رميٌ ولا مبيتٌ .

والثاني ـ حكاهُ الشيخُ أبو حامدٍ ـ : أنَّهُ يُحرِمُ إحراماً مطلقاً لا ينوي بهِ حجّاً ولا عُمرةً .

والثالثُ ـ وهو ظاهرُ **قولِ الشافعيِّ** ـ : أنَّهُ يُحرمُ بالحجِّ ؛ لأنَّهُ بنىٰ علىٰ إحرامِ الأوَّلِ .

قالَ أصحابُنا : وجميعُ هٰذهِ الأوجهِ ضعيفةٌ ؛ لأنَّ :

علىٰ قولِ أبي إسحاقَ : يُحرِمُ بالعمرةِ ، ويطوفُ عنها ويسعىٰ ، ثمَّ يقعُ ذٰلكَ عمّا عليهِ مِنْ طوافِ الحجِّ وسعيِهِ ، وهٰذا لا يجوزُ .

وعلىٰ قول الثاني : الإحرامُ المطلقُ لا بدَّ مِنْ صرفِهِ إلىٰ حجٍّ أو عمرةٍ .

وعلىٰ قولِ الثالثِ : يُحرِمُ بالحجِّ في غيرِ أشهرِ الحجِّ ، وهٰذا لا يجوزُ . وضعفُها يدلُّ علىٰ ضعفِ القولِ **القديمِ** الّذي تفرَّعتْ عليهِ .

مسألةٌ : [أجَّر عبده ثم أعتقه] :

وإنْ أجَّرَ عبدَهُ ، ثمَّ أعتقَهُ قبلَ انقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ . . صحَّ عِتقُهُ ؛ لأنَّ الإجارةَ عقدٌ علىٰ المنفعةِ ، فلم يمنعْ صحَّةَ العتقِ ، كما لَو زوَّجَ أمتَهُ ، ثمَّ أعتقَها ، ولأنَّهُ إذا صحَّ عِتقُ العبدِ المغصوبِ . . فلأَنْ يصحَّ عِتقُ العبدِ المستأجَرِ أولىٰ ، وهلْ يرجعُ العبدُ علىٰ سيِّدِه بأُجرةِ المدَّةِ بعدَ العِتقِ ؟ فيهِ قولانِ :

قالَ في **القديمِ** : (يرجعُ عليهِ بأُجرةِ المِثلِ لمدَّةِ الإجارةِ بعدَ العِتقِ) ؛ لأنَّهُ فوَّتَ

عليهِ بالإجارةِ ما كانَ يملِكُهُ مِنْ منفعةِ نفْسِهِ بعدَ العِتقِ ، فوجبَ عليهِ بدلُها ، كما لَو أَكرهَهُ علىٰ العملِ .

وقالَ في **الجديدِ** : (لا يرجعُ عليهِ بشيءٍ) . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ تصرَّفَ في منافعِهِ تصرُّفاً كانَ لَه ، فإذا طرأَتِ الحريَّةُ . . لَم يملكِ الرجوعَ عليهِ بشيءٍ ، كما لو زوَّجَ أَمتَهُ ، ثمَّ أَعتقَها .

فإذا قُلنا بقولِهِ **القديمِ** . . كانتْ نفقةُ العبدِ علىٰ نفسهِ بعدَ العِتقِ .

وإنْ قُلنا بقولِهِ **الجديدِ** . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تجبُ نفقتُهُ علىٰ المولىٰ ؛ لأَنَّهُ كالباقي علىٰ مِلكِهِ ، بدليلِ : أَنَّهُ مَلكَ بدلَ منفعتِهِ .

والثاني : تجبُ في بيتِ المالِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ إيجابُها علىٰ المولىٰ ؛ لأَنَّهُ قدْ زالَ عَنْ مِلكِهِ . ولا علىٰ نفسِهِ ؛ لأَنَّهُ لا يقدرُ عليها مدَّةَ الإجارةِ .

فإذا قُلنا : تجبُ علىٰ المولىٰ . . ففي قدرِها وجهانِ :

أَحدُهما : تجبُ عليهِ نفقتُهُ بالغةً ما بلغتْ ، لأَنَّ مَنْ وجبتْ عليهِ نفقةُ شخصٍ بالمِلكِ . . وجبتْ بالغةً ما بلغتْ ، كالعبدِ المملوكِ .

والثاني : يجبُ عليهِ أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ نفقتِهِ ، أَو قدرُ أُجرةِ مثلِهِ ؛ لأَنَّها إنَّما وجبتْ عليهِ ؛ لاستحقاقِهِ بدلَ منفعتِهِ بعدَ العِتقِ ، فلا يجبُ عليهِ أَكثرُ مِنْ بدلِ المنفعةِ .

مسأَلةٌ : [أستئجار عين وموت أحد المتكاريين] :

إذا اَستأجرَ مِنْ رجلٍ عيناً ، أَوِ اَستأجَرهُ علىٰ منفعةٍ ، فماتَ أَحدُ المتكاريينِ أَو ماتا قبلَ اَستيفاءِ المنفعةِ . . لم تبطلِ الإجارةُ ، وبهِ قالَ عثمانُ البتِّيُّ ، ومالكٌ ، وأَحمدُ ، وإسحاقُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، والثوريُّ ، والليْثُ : (تبطلُ بموتِ أَحدِهما) .

دليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ لازمٌ ، فلا يبطلُ بموتِ العاقدِ ، كالبيعِ .

مسأَلةٌ : [بيع المؤجَّر لغير المستأجر قبل ٱستيفاء الزمن] :

وإِنْ أَجَّرَ دارَهُ ، ثمَّ باعَها مِنْ غيرِ المستأجِرِ قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإِجارةِ . . فهلْ يصحُّ البيعُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ البيعُ ؛ لأَنَّ البائِعَ لا يمكنُهُ تسليمُه إِلىٰ المشتري ، فلَم يصحَّ ، كالمغصوبِ .

والثاني : يصحُّ البيعُ ، فإِنْ كانَ المشتري عالماً بكونِهِ مستأجَراً . . فلا خيارَ لَه . وإِنْ لَم يعلَمْ . . فلَه الخِيارُ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، **وهو الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الإِجارةَ عقدٌ علىٰ المنفعةِ ، فلَمْ تمنعْ صحَّةَ البيعِ ، كما لو زوَّجَ أَمتَهُ ، ثمَّ باعَها .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (البيعُ موقوفٌ علىٰ إِجازةِ المستأجِرِ ، فإِنْ أَجازهُ . . صحَّ ، وإِنْ ردَّهُ . . بطلَ) . بناءً علىٰ أَصلهِ في البيعِ الموقوفِ ، وقدْ مضىٰ .

فرعٌ : [أكرىٰ عيناً ثم باعها من المستأجر] :

وإِنْ أَكرىٰ عيناً وباعَها مِنَ المُكتري قبلَ أَنْ يستوفيَ المنفعةَ . . صحَّ البيعُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ ليسَ هاهُنا يدٌ تحولُ بينهُ وبينَ العينِ المبيعَةِ ، وهلْ تنفسخُ الإِجارةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تنفسخُ ، وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الحدّادِ ؛ لأَنَّ الإِجارةَ عقدٌ علىٰ منفعةِ الرقَبةِ ، فإِذا مَلكَ الرقَبةَ . . بطلَ العقدُ علىٰ منفعتِها ، كما لو تزوَّجَ أَمةً ، ثمَّ ٱشتراها .

والثاني : لا تنفسخُ الإِجارةُ ، وهو قولُ الشيخينِ : أَبي حامدٍ ، وأَبي إِسحاقَ ؛ لأَنَّهُ مَلكَ المنفعةَ بعقدٍ ، والرقبةَ بعقدٍ ، فلَمْ يتنافيا ، كما لوِ ٱشترىٰ الثمرةَ ، ثمَّ ٱشترىٰ الأَصلَ ، ولأَنَّ الموصَىٰ لَه بالمنفعةِ لَو أَجَّرَ منفعتَهُ مِنْ مالكِ الرقَبةِ . . لاجتمعَ للمستأجِرِ مِلكُ الرقبةِ والمنفعةُ ، ولَم تبطلِ الإِجارةُ ، فكذٰلكَ هٰذا مِثلُهُ ، ولأَنَّهُ لو أَجَّرَ عيناً مِنْ رجلٍ ، ثمَّ ٱستأجرها المُكري مِنَ المُكتري . . لصحَّ أَنْ يجتمعَ لهُ مِلكُ الرقبةِ والمنفعةُ ، فكذٰلكَ هٰذا مِثلُهُ .

فإذا قُلنا بهٰذا : فتلفتِ العينُ قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ. . لَم يبطلِ البيعُ ؛ لأنَّ المبيعَ هلكَ في يدِ المبتاعِ ، ولكنْ تبطلُ الإجارةُ فيما بقيَ مِنَ المدَّةِ ، وهلْ تبطلُ فيما مضىٰ ؟ علىٰ طريقينِ ، مضىٰ ذكرهما .

فإذا قُلنا : تبطلُ . . فهلْ يرجعُ المكتري بأُجرةِ المدَّةِ بعدَ البيعِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يرجعُ ، وهوَ قولُ ٱبنِ الحدّادِ ؛ لأنَّ الإجارةَ ٱنفسختْ لمعنىً مِنْ جهةِ المستأجِرِ ، فلَم يرجعْ بشيءٍ ، كالمرأةِ إذا ٱرتدَّتْ قبلَ الدخولِ .

والثاني : يرجعُ بأُجرةِ المدَّةِ بعدَ البيعِ ، **وهوَ قولُ أكثرِ أصحابِنا** ؛ لأنَّ الإجارةَ ٱنفسختْ قبلَ ٱنقضاءِ مدَّتِها ، فرجعَ بأُجرةِ ما بقيَ ، كما لَو تقايلا .

وإنِ ٱستأجرَ رجلٌ مِنْ أَبيهِ داراً ، فماتَ الأَبُ قبلَ ٱنقضاءِ الإجارةِ. . فهلْ تنفسخُ الإجارةُ ؟ علىٰ الوجهينِ الأَوَّلينِ .

فإنْ ماتَ الأَبُ وعليهِ دينٌ يحيطُ بالتركةِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ الإجارةَ لا تنفسخُ. . فإنَّ الأُجرةَ تؤخذُ مِنَ الابنِ ، وتقسَّمُ علىٰ أَصحابِ الديونِ ، ولا تباعُ الدارُ حتّىٰ يستوفيَ الابنُ منفعتَهُ . وإنْ قُلنا : إنَّ الإجارةَ تنفسخُ. . فإنَّ أُجرةَ ما بقيَ مِنَ المدَّةِ بعدَ الموتِ لا تؤخذُ مِنَ الابنِ إنْ كانَ لَم يدفعْها ، وتؤخذُ الدّارُ في الحالِ ، وتباعُ لحقِّ أَصحابِ الديونِ .

وإنْ كانَ الابنُ قدْ دفعَ جميعَ الأُجرةِ إلىٰ الأَبِ. . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : رجعَ الابنُ هاهُنا بأُجرةِ ما بقيَ مِنَ المدَّةِ ؛ لأنَّهُ لا صنعَ لَه في ٱنفساخِ الإجارةِ ، بخلافِ الشراءِ .

فرعٌ : [ٱستأجر من أبيه فمات فورثه] :

وإنِ ٱستأجرَ رجلٌ مِنْ أَبيهِ داراً مدَّةً معلومةً ، وسلَّمَ الأُجرةَ إلىٰ الأَبِ ، فماتَ الأَبُ قبلَ ٱنقضاءِ الإجارةِ ولا دينَ عليهِ ، وخلَّفَ ٱبنينِ أَحدُهما هٰذا المُكتري ، فإنْ قُلنا : لا تنفسخُ الإجارةُ إذا ماتَ الأَبُ ولا وارثَ لَه غيرُ المُكتري. . لَم تنفسخِ الإجارةُ هاهُنا في شيءٍ مِنَ الدارِ ، ولا يرجعُ الابنُ المُكتري هاهُنا علىٰ أَخيهِ بشيءٍ . وإنْ قُلنا هناكَ : تنفسخُ الإجارةُ. . فإنَّ الإجارةَ لا تنفسخُ هاهُنا في نصفِ الدّارِ الّذي ورِثَهُ الابنُ غيرُ

المُكتري ، ولٰكن تنفسخُ الإجارةُ في نصفِهِ الَّذي ورِثَهُ الابنُ المُكتري ، وهلْ يرجعُ الابنُ المُكتري علىٰ أَخيهِ بشيءٍ مِنَ الأُجرةِ ؟

قالَ ٱبنُ الحدّادِ : يرجعُ عليهِ بربعِ أجرةِ الدّارِ في المدَّةِ التي بقيتْ مِنَ الإجارةِ بعدَ موتِ الأَبِ ، وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ؛ لأَنَّ الإجارةَ لمّا ٱنفسختْ في نصفِ الدّارِ . ٱستحقَّ الابنُ الرجوعَ في أُجرةِ ما ٱنفسختْ فيهِ الإجارةُ ، وذٰلكَ دَينٌ تعلَّقَ بتركةِ الميِّتِ ، فكانَ علىٰ الابنِ غيرِ المُكتري نصفُ ذٰلكَ بقسطِهِ مِنَ الميراثِ ، أَلا ترىٰ أَنَّ الأُجرةَ الَّتي سلَّمها الابنُ لو كانتْ باقيةً . . لكانتْ بينهُما نصفينِ ؟ فإذا كانتْ تالفةً . . وجبَ أَنْ يأخذَ مِنَ الذي أَخذَ أَخوهُ مِنَ التركةِ بقسطِ ما ٱنفسختْ فيهِ الإجارةُ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يرجعُ علىٰ أَخيهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّ الَّذي ٱنفسختْ فيهِ الإجارةُ هوَ النصفُ الَّذي ورثَهُ المُكتري ، فلا يجوزُ أَنْ يرجعَ علىٰ أَخيهِ بشيءٍ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وما قالَهُ ٱبنُ الحدّادِ . . غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّهُ إذا جعلَ ما ٱنفسخَ فيهِ العقدُ مِنَ الأُجرةِ بينهُما . . فقدْ مَلكَ المُكتري بميراثِهِ نصفَ الدّارِ بمنفعتِهِ ، وورِثَ الآخرُ نصفَ الدّارِ مسلوبَ المنفعةِ . قالَ : والأَولىٰ في ذٰلكَ أَنْ يقوَّمَ نصيبُ المُكتري بمنفعتِهِ ، ويقوَّمَ نصيبُ غيرِ المُكتري مسلوبَ المنفعةِ ، ويكونَ لغيرِ المُكتري مِنَ التركةِ ما بينَ القيمتينِ ، ويكونَ للمُكتري نصفُ المسمّىٰ فيما بقيَ مِنَ المدَّةِ مِنَ التركةِ .

فرعٌ : [استأجر داراً وقبل مضي المدة اشتراها] :

فإنِ ٱكترىٰ رجلٌ مِنْ رجلٍ داراً مدَّةً ، ثمَّ ٱشتراها المُكتري قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ ، ثمَّ وجدَ بها عيباً يُرَدُّ بهِ المبيعُ ، فردَّها المشتري ، وفسخَ البيعَ ، فإنْ قُلنا : الإجارةُ لا تنفسخُ إذا مَلكَ المُكتري العينَ . . فإنَّهُ يستوفي ما بقيَ لَه مِنَ الإجارةِ بعدَ الردِّ بالعيبِ ، وإنْ قُلنا بقولِ ٱبنِ الحدّادِ : إنَّ الإجارةَ تنفسخُ إذا مَلكَ المُكتري العينَ . . فإنَّ الإجارةَ لا تعودُ بالردِّ بالعيبِ ؛ لأَنَّ الإجارةَ ٱنفسختْ حينَ مَلكَها بالشراءِ ، فلا تعودُ الإجارةُ بالردِّ بالعيبِ إلاّ بعقدٍ جديدٍ .

فرعٌ : [وجد المكتري في العين عيباً بعد بيعها من آخر] :

وإنِ ٱكترىٰ رجلٌ مِنْ رجلٍ عيناً مدَّةً ، ثمَّ باعَها المُكري مِنْ غيرِ المُكتري قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ، وقُلنا : يصحُّ البيعُ ، فوجدَ المُكتري بالعينِ عيباً فردَّها . . فلِمنْ تكونُ منفعةُ العينِ فيما بقيَ مِنْ مدَّةِ الإجارةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[الأوَّلُ] : قالَ ٱبنُ الحدّادِ : تكونُ للمشتري ؛ لأنَّ المنفعةَ تابعةٌ للرقَبةِ ، وإنَّما ٱستحقَّها المُكتري بعقدٍ ، فإذا زالَ حقُّهُ . . عادتْ إلىٰ مالكِ العينِ ، كما نقولُ فيمَنْ زوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ رجلٍ ، ثمَّ باعَها مِنْ آخرَ ، ثمَّ طلَّقَها الزوجُ ، فإنَّ منفعةَ البُضعِ تكونُ للمشتري .

و **[الثاني]** : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : بلْ تكونُ المنفعةُ فيما بقيَ مِنْ مدَّةِ الإجارةِ للمُكري ؛ لأنَّ المشتريَ مَلكَ العينَ مسلوبةَ المنفعةِ تلكَ المدَّةَ ، فلا يجوزُ أَنْ يرجعَ إليهِ ما لَم يملكهُ ، ولأنَّ المُكريَ يستحقُّ عِوضَ المنفعةِ علىٰ المُكتري تلكَ المدَّةَ ، فإذا سقطَ العوضُ . . عاد المعوَّضُ إليهِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : فعلىٰ قولِ مَنْ خالفَ ٱبنَ الحدّادِ : يجوزُ أَنْ يبيعَ الرجلُ دارَهُ ، ويستثنيَ منفعتَهُ مدَّةً معلومةً ، وعلىٰ قولهِ فيها : لا يصحُّ .

مسأَلةٌ : [أجَّر الموقوفَ له العين الموقوفة] :

إذا أَجَّرَ الموقوفُ عليهِ العينَ الموقوفةَ عليهِ مدَّةً . . فهلْ تصحُّ الإجارةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٣٤] :

أَحدُهما : لا تصحُّ الإجارةُ ؛ لأنَّهُ لا يملِكُ العينَ ، وإنَّما يملِكُ منفعتَها مدَّةَ حياتهِ ، ولعلَّهُ يموتُ قبلَ مضيِّ مدَّةِ الإجارةِ ، فلَم تصحَّ الإجارةُ ، كما لوِ ٱستعارَ عيناً مِنْ غيرِهِ مدَّةً ، وأَجَّرَها .

والثاني : يصحُّ ، وهوَ قولُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا ، **وهوَ المشهورُ** ؛ لأنَّ منفعةَ الوقفِ الآنَ حقٌّ لَه ، فجازَ له العقدُ عليها ، كما لوِ ٱستأْجرَ عيناً ، ثمَّ أَجَّرَها .

وهٰذانِ الوجهانِ إِنَّما هُما إِذا جعلَ الواقفُ النظرَ للموقوفِ عليهِ ، أَو لَم يجعلِ الواقفُ النظرَ إِلىٰ أَحدٍ ، وقُلنا : إِنَّ النظرَ فيهِ يكونُ للموقوفِ عليهِ .

فأَمّا إِذا جعلَ الواقفُ النظرَ في الوقفِ علىٰ أَهلِ البطونِ[1] إِلىٰ رجلٍ ، فأَجَّرَ الوقفَ عليهم مدَّةً . . صحَّتِ الإِجارةُ ، وإِذا ماتَ أَهلُ البطنِ الأَوَّلِ . . ٱستحقَّ أَهلُ البطنِ الثاني أُجرةَ العينِ مِنْ حينِ ٱنتقالِ الوقفِ إِليهم ، ولا تبطلُ الإِجارةُ بموتِ أَهلِ البطنِ الأَوَّلِ ، وجهاً واحداً .

وأَمّا إِذا كانَ النظرُ في الوقفِ للموقوفِ عليهِ ، فأَجَّرَ الوقفَ مدَّةً ، وقُلنا : تصحُّ ، ثمَّ ماتَ الموقوفُ عليهِ قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإِجارةِ . . فهلْ تبطلُ الإِجارةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تبطلُ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ ؛ لأَنَّهُ أَجَّرَ عيناً مَلَكَ عقدَ الإِجارةِ عليها ، فلَم تبطلْ بموتِهِ ، كما لَو أَجَّرَ عيناً يملِكُها مدَّةً ، ثمَّ ماتَ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ .

والثاني : تبطلُ بموتِ الموقوفِ عليهِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّ منافعَ الوقفِ بعدَ موتِ الأَوَّلِ حقٌّ للثاني ، فلا ينفذُ عقدُهُ عليها مِنْ غيرِ إِذنٍ ولا ولايةٍ .

ويفارقُ إِذا أَجَّرَ مِلكَهُ ثمَّ ماتَ ؛ لأَنَّ الوارثَ يملِكُ مِنْ جهةِ المورِّثِ ، وقدْ زالَ مِلكُ المورِّثِ عَنِ المنفعةِ ، والموقوفَ عليهِ الثاني يملِكُ مِنْ جهةِ الواقفِ ، فلا ينفذُ عقدُ الأَوَّلِ .

فإِذا قُلنا : لا تبطلُ الإِجارةُ ، فإِنْ كانَ ما يخصُّ البطنَ الثاني مِنَ الأُجرةِ علىٰ المُكتري لَم يقبضْهُ منهُ الأَوَّلُ . . أَخذَهُ مِنْهُ الثاني ، وإِنْ كانَ الأَوَّلُ قدْ قبضَهُ مِنَ المُكتري . . رجعَ الموقوفُ عليهِ الثاني بذٰلكَ في تركةِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّهُ لمّا لزمَ الثانيَ عقدُ الأَوَّلِ . . لزمَهُ قبضُهُ .

وإِذا قُلنا : تبطلُ الإِجارةُ فيما بقيَ مِنَ المدَّةِ . . فهلْ تبطلُ فيما مضىٰ ؟ فيهِ طريقانِ :

---

(١) **البطون** : يعني البطن الأول ، ثم الثاني ، وهكذا دواليك ، والمقصود الحمل الأول في بطن الأم ، ثم الثاني ، وهكذا .

فـ [الأَوّلُ] : إذا قلنا : تبطلُ . . كانَ للموقوفِ عليهِ الأَوَّلِ أُجرةُ المِثلِ ؛ لِمَا مضىٰ .

و [الثاني] : إنْ قُلنا : لا تبطلُ . . ثبتَ للمكتري وورثةِ الأَوَّلِ الخِيارُ في فسخِ عقدِ الإِجارةِ ، فإِنْ فسخاهُ أَو أَحدُهما . . كانَ لورثةِ الأَوَّلِ أُجرةُ المِثلِ فيما مضىٰ ، وإِنْ لَم يفسخْهُ واحدٌ منهُما . . كانَ لهُم بقسطِ ما مضىٰ مِنَ المدَّةِ مِنَ المسمّىٰ .

فرعٌ : [بلوغ الصبي يؤثر في الإجارة] :

وإِنْ أَجَّرَ رجلٌ صبيّاً لَه عليهِ وِلايةٌ ، أَو أَجَّرَ مالَهُ مدَّةً ، ثمَّ بلغَ الصبيُّ قبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ . . فهلْ تنفسخُ الإِجارةُ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : لا تنفسخُ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ ؛ لأَنَّهُ عقدَهُ في حالِ ولايتِهِ عليهِ ، فصارَ كما لَو زوَّجَهُ ، ثمَّ بلغَ .

ومنهُم مَنْ قالَ : تنفسخُ ؛ لأَنَّهُ بانَ بالبلوغِ أَنَّ تصرُّفَ الوليِّ عليهِ إِلىٰ هٰذا الوقتِ .

ومنهُم مَن قالَ : ينظرُ فيما عقدَ عليهِ الوليُّ مِنَ المدَّةِ :

فإِنْ تحقَّقَ أَنَّ الصبيَّ يبلغُ قبلَ ٱنقضائِها ، مثلَ : أَنْ يكونَ لَهُ أَربعَ عشرةَ سنةً ، فأَجَّرَهُ سنتينِ . . فإِنَّهُ لا يصحُّ في السنةِ الأَخيرةِ ؛ لأَنَّهُ يتحقَّقُ أَنَّهُ يبلغُ بخمسَ عشرةَ سنةً ، وهلْ يصحُّ في الأُولىٰ ؟ علىٰ قولينِ في تفريقِ الصفقةِ .

وإِنْ كانتْ مدَّةً لا يتحقَّقُ بلوغُهُ فيها ، مثلُ : أَنْ يؤَجِّرَهُ ولَه أَربعَ عشرةَ سنةً ، فبلغَ فيها بالاحتلامِ . . لَم تنفسخِ الإِجارةُ ، وكانتْ لازمةً لَهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي : أَنَّ الوجهينِ الأَوَّلينِ إِنَّما هُما إذا كانتْ مدَّةُ الإِجارةِ لا يتحقَّقُ بلوغُهُ فيها ، وأَمّا إِذا كانَ يتحقَّقُ بلوغُهُ فيها . . فلا يلزمُ بعقدِ الوليِّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤَدِّي إِلىٰ أَنْ يعقدَ علىٰ منافعِهِ طولَ عمرِهِ ، ويفارقُ النكاحَ ؛ لأَنَّ النكاحَ لا يمكنُ تقديرُ مدَّةٍ فيهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ تضمينِ المستأجرِ والأَجيرِ

إذا ٱستأجَرَ عيناً لمنفعةٍ فقبضَها ، فتلفتْ في يدهِ مدَّةَ الإجارةِ مِنْ غيرِ فعلِهِ . . لَم يلزمْهُ ضمانُها ؛ لأَنَّهُ قبضَها لمنفعةٍ يستحقُّها ، فهوَ كما لوِ ٱشترىٰ ثمرةَ نخلةٍ ، فتلفتِ النخلةُ حالَ أَخذِهِ الثمرةَ ، وإنْ تلفتْ بفعلِهِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ فعلاً جائزاً ، كضربِ البهيمةِ المعتادِ للمشي ، وكبحِها[1] المعتادِ باللِّجامِ . . لَم يلزمْهُ ضمانُها ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يلزُمُهُ ضمانُها ، كما لو ضربَ زوجتَهُ فماتتْ) .

دليلُنا : أَنَّ الضربَ والكبحَ المعتادَ معنىً تضمَّنَهُ عقدُ الإجارةِ ، فلَم يكنْ موجِباً للضمانِ ، كالركوبِ ، ويخالفُ ضربَ الزوجةِ ، فإنَّهُ كانَ يمكنُهُ تخويفُها وزجرُها بالكلامِ ، بخلافِ الدّابَّةِ .

وإنْ كانَ فعلاً غيرَ جائزٍ ، بأَنْ ضربَها ضرباً غيرَ معتادٍ ، أَو كبحَها كبحاً غيرَ معتادٍ ، فماتتْ . . لزمَهُ ضمانُها ؛ لأَنَّهُ متعدٍّ بذٰلكَ ، فلزمَهُ ضمانُها كما لَو ذبحَها[2] .

مسأَلةٌ : [ٱستأجر ظهراً مسافة فزاد عليها] :

وإنِ ٱكترىٰ ظَهراً ليركبَهُ مِنَ الجَنَدِ[3] إلىٰ عَدَنٍ[4] ، فركِبَهُ إلىٰ عدَنٍ ، ثمَّ ركِبَهُ مِنْ عدَنٍ إلىٰ أَبْيَنَ[5] . . فإنَّ عليهِ الأُجرةَ المسمّاةَ إلىٰ عدَنٍ ؛ لأَنَّهُ مَلكَ ذٰلكَ عليهِ ، وعليهِ

---

(١) **الكبح** ، يقال : كبح الدابة : جذبها إليه باللجام لكي تقف ، ولا تجري ، وبابه قطع .

(٢) لأن الأَصل في يد المستأجر علىٰ العين يدُ أمانة اتفاقاً بين المذاهب إذا لم يتجاوز حقَّه في الانتفاع بما يشمله مقتضىٰ العقد ، ولم يخرج عن العرف والعادة .

(٣) **الجند** : مدينة في اليمن ، سميت بـ : جند بن شهران .

(٤) **عدن** : بلد عربي معروف باليمن ، وعدن بالمكان عدناً وعدوناً : أقام به ، وإذا أردت البقعة منعت الصرف ، وإن قصدت المكان صرفت ، وهٰذا الشأن في أعلام البلدان .

(٥) **أبيَن** : محافظة في اليمن تقع شرقي عدن ، تنسب إلىٰ أبين بن زهير بن أيمن بن الهميسع بن=

أُجرةُ المِثلِ بركوبهِ مِنْ عدَنٍ إِلىٰ أَبْيَنَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يلزمُهُ أُجرةُ المِثلِ لما زادَ) . بناءً علىٰ أَصلهِ : أَنَّ المنافعَ لا تُضمنُ بالغصبِ . وقدْ مضىٰ ذٰلكَ .

وقالَ مالكٌ : (إِذا جاوزَ بها إِلىٰ مسافةٍ بعيدةٍ ، مثلِ : أَنِ ٱكتراها مِنْ بغدادَ إِلىٰ واسطٍ[1] ، فركبها إِلىٰ البصرةِ . . فصاحبُها بالخيارِ : بينَ أَنْ يطالبَهُ بأُجرةِ المِثلِ ، وبينَ أَنْ يطالبَهُ بقيمتِها يومَ التعدِّي) .

دليلُنا [علىٰ أبي حنيفةَ] : أَنَّهُ ٱستوفىٰ أَكثرَ ممَّا ٱستحقَّهُ ، فهوَ كما لوِ ٱشترىٰ مِنْ رجلٍ عشرةَ أَقفزةٍ فقبضَ منهُ خمسةَ عشرَ قفيزاً .

وعلىٰ مالكٍ : لأَنَّ العينَ قائِمةٌ ، فلا يطالبُ بقيمتِها ، كما لو كانتِ المسافةُ قريبةً .

وأَمّا وجوبُ ضمانِ الظهرِ علىٰ المُكتري : فإِنَّه يضمنُهُ مِنْ حينِ جاوزَ مِنْ عدَنٍ إِلىٰ أَبينَ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بالمجاوزةِ ، فإِنْ ردَّهُ مِنْ أَبينَ إِلىٰ عدنٍ . . فإِنَّهُ لا يزولُ عنْهُ الضمانُ حتّىٰ يردَّهُ إِلىٰ يدِ مالكِهِ أَو وكيلِهِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ ، وفرَّقا بينَها وبينَ الوديعةِ بأَنَّهُ إِذا تعدّىٰ فيها ، وردَّها إِلىٰ الحرزِ . . زالَ عنهُ الضمانُ ؛ لأَنَّ الوديعةَ مأذونٌ في إِمساكِها ، والظَهرَ غيرُ مأذونٍ لَه في إِمساكِهِ بعدَ العَودِ .

وقالَ محمَّدٌ ، وزفرُ : يزولُ عنهُ الضمانُ في الإِجارةِ إِذا ردَّهُ إِلىٰ الموضعِ الذي ٱكترىٰ إِليهِ ، كما قالوا في الوديعةِ إِذا ردَّها إِلىٰ الحِرزِ .

دليلُنا : أَنَّهُ ضمنَها بالتعدِّي ، فلا يزولُ الضمانُ عنهُ بالرَّدِّ إِلىٰ المكانِ ، كما لَو غصبَ عيناً ، وردَّها إِلىٰ المكانِ الذي غصبَها منهُ .

وإِنْ ماتَ الظَهرُ . . نظرتَ :

= حِمْير بن سبأ . وغربَها تقع محافظة لحْج ، تطل شواطئها علىٰ البحر العربي جنوباً ، وتنقسم إلىٰ أربعة مديريات ، وأهم مدنها زنجبار ، ثم تليها جعار ، ثم لودر .

(١) **واسط** : مدينة تقع بين البصرة والكوفة ، تبعد عن كلٍّ نحواً من (٣٠٠) كيلومتراً ، ولها شأن في صدر الإسلام ، فقد ضمَّت جُلّة من أهل العلم والحديث . انظر لذٰلك « تاريخ واسط » للحافظ أسلم بن سهل الملقب بـ: بَحْشَل و«سؤالات الحافظ السلفي لخميس الحوزي» .

فإنْ ماتَ في المسافةِ التي اْستأجرَ إليها . . لَم يلزمْهُ ضمانُهُ ؛ لأَنَّهُ أَمانةٌ في يدِهِ .

وإنْ ماتَ بعدَ أَنْ جاوزَ بهِ المكانَ الذي اْستأجرَ إليهِ . . نظرتَ :

فإن كانَ صاحبُها معَها ، بأَنْ كانا لمّا بلغا إلىٰ عدَنٍ جاوزَ بها المستأجِرُ إلىٰ أَبينَ وصاحبُها ساكتٌ يسيرُ معَها . . فإنَّ المكتريَ لا يضمنُها باليدِ ؛ لأَنَّ يدَ صاحبِها عليها ؛ لأَنَّهُ لَم تزُلْ يدُهُ عنها ، فهو كما لَو سرقَ الرجلُ جملاً وعليهِ خزٌّ[1] . . فإنَّهُ لا يضمنُهُ .

فإنْ نزلَ المستأجرُ عنِ الدابَّةِ ، وتلفتْ بعدَ نزولِهِ عنها ، أَو مضىٰ بها صاحبُها لسقيها ، فتلفتْ في يدِهِ . . لَم يجبْ علىٰ المُكتري الضمانُ ؛ لأَنَّها تلِفتْ في يدِ صاحبِها .

وإنْ تلِفتْ والمُكتري راكبٌ عليها . . فالظاهرُ أَنَّها تلِفتْ مِنْ فعلينِ :

أَحدُهما : لا يوجبُ الضمانَ ، وهوَ ركوبُهُ لها إلىٰ المكانِ[2] الذي اْكترىٰ إليهِ .

والثاني : يوجبُ الضمانَ ، وهوَ ركوبُه لها بعدَ المجاوزةِ ، فيلزمُه الضمانُ ، وفي قدرِ ما يلزمُهُ قولانِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ نصفُ قيمتِهِ ؛ لأَنَّ الظَهرَ تلِفَ مِنْ جائزٍ وغيرِ جائزٍ ، فلزمَهُ نصفُ قيمتِها ، كما لَو جرحَهُ مالِكُهُ ، وجرحَهُ المُكتري ، وماتَ .

والثاني : تُقسَّطُ القيمةُ علىٰ المسافتينِ ، فما قابلَ المسافةَ التي اْكترىٰ إليها . . لا تجبُ عليهِ ، وما قابلَ المسافةَ التي تعدّىٰ بها . . تجبُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ التقسيطُ للقيمةِ عليهما .

وأَصلُ هٰذهِ المسأَلةِ : إذا أَمرَ الإمامُ الجلاَّدَ أَنْ يجلدَ رجلاً ثمانينَ جَلْدَةً في القذفِ ، فجلدَهُ إِحدىٰ وثمانينَ ، فماتَ المجلودُ . . فكم يضمنُ الجلاَّدُ ؟ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : نصفَ الدِّيَةِ .

والثاني : جزءاً مِنْ إِحدىٰ وثمانينَ جُزءاً مِنَ الدِّيَةِ .

---

(١) **الخز** : اسم دابة ، ثم أطلق علىٰ الثوب المتخذ من وبرها .

(٢) في نسخة : (وهو بالمكان) .

وسئِلَ الشيخُ أَبو حامدٍ عمَّنْ سخَّرَ رجلاً معَ بهيمتِهِ ، فتلفتِ البهيمةُ في يد صاحبِها ؟ فقالَ : لا يضمنُها الغاصِبُ ؛ لأَنَّها في يدِ صاحبِها .

وأَمّا إِذا لَم يكنِ المُكري معَ الظهرِ ، فتلفَ الظهرُ في يدِ المُكتري بعدَ أَنْ جاوزَ بهِ المكانَ الذي ٱكترىٰ إِليهِ . . فإِنَّهُ يلزمُهُ جميعُ قيمتِهِ أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ جاوزَ بهِ إِلىٰ أَنْ تلفَ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بذٰلكَ ، وقدْ تلِفَ في يدِهِ ، فهوَ كالغاصبِ .

فرعٌ : [ٱكتريا ظهراً فركب ثالث] :

وإِنِ ٱكترىٰ رجلانِ ظهراً ليركباهُ ، فركباهُ ، وٱرتدفَ[1] معَهُما ثالثٌ بغيرِ إِذنٍ ، فتلِفَ الظهرُ . . وجبَ علىٰ المرتدِفِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بذٰلكَ . وفي قدرِ ما يلزمُهُ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يلزمُهُ نصفُ قيمةِ الظَّهرِ ؛ لأَنَّهُ تلِفَ مِنْ جائزٍ وغيرِ جائزٍ .

والثاني : يلزمُهُ ثلثُ قيمتِهِ ؛ لأَنَّ الرجالَ لا يوزنونَ ، فيقسَّطُ علىٰ عددِهِم .

والثالثُ : تُقسَّطُ القيمةُ علىٰ أَوزانِهِم ؛ لأَنَّهُ يمكنُ وزنُهم[2] .

فرعٌ : [ٱكترىٰ مركبة ليحمل عليها وزناً معيناً] :

إِذا ٱكترىٰ منهُ بهيمةً ليحملَ عليها عشرةَ أَقفزةٍ[3] إِلىٰ بلدٍ ، فحملَ عليها طعاماً ، فَكِيلَ ، فوُجِدَ أَحدَ عشرَ قفيزاً ، فإِنْ كانتْ تلكَ الزيادةُ حصلتْ بفعلِ المُكتري ، بأَنْ كانَ المُكتري هوَ الذي كالَ الطعامَ ، وحملَهُ علىٰ البهيمةِ ، وساقَها ، فتلفتِ البهيمةُ . . فإِنَّهُ يجبُ علىٰ المُكتري الأُجرةُ المسمّاةُ لحملِ العشرةِ الأَقفزةِ ، ويجبُ عليهِ أُجرةُ

---

(١) ارتدف ، مأخوذ من الرِّدف : الراكب خلف الراكب ، وكل ما يحمله الراكب خلفه ، والرديف : من يركب خلف الراكب .

(٢) قال في « الروضة » : (٣٠٦/٤) : فيلزمه حصة وزنه ، ثم قال : **أصحُّهما** : الثاني .

(٣) أقفزة ـ جمع قفيز ـ : مكيال اختلف قدره في البلدان ، ويعادل في بغداد والكوفة ثمانية مكاكيك ، كل مكّوك ثلاث كَيلجات ، كل كيلجة تعادل (٦٠٠) درهماً ، يزن نحواً من ٤٥ـ٧٥ـ٤٨ كيلو غرام .

المِثلِ بحملِ ما زادَ علىٰ عشرةٍ ، كما لوِ ٱكتراهُ إلىٰ بلدٍ ، فجاوزَ بهِ إلىٰ غيرهِ ، ويجبُ عليهِ جميعُ قيمةِ البهيمةِ ؛ لأنَّها تلفتْ تحتَ يدِهِ بعُدْوانِهِ ، وإنْ كانَ صاحبُها معَها . . لزمَ المكتريَ الضمانُ ؛ لِمَا تعدَّىٰ بهِ مِنْ حملِهِ علىٰ البهيمةِ أكثرَ ممّا يستحقُّهُ . وفي قَدْرِ ما يلزمُهُ مِنَ الضمانِ قولانِ :

أَحدُهما : نصفُ قيمتِها .

والثاني : يقسَّطُ الزائِدُ ، بناءً علىٰ القولينِ في الجلاَّدِ إذا جَلدَ إحدىٰ وثمانينَ .

وليسَ للمُكتري أَنْ يطالِبَ المُكريَ بردِّ الزيادةِ إلىٰ البلدِ الذي ٱكترىٰ منهُ . وأَمّا إنْ كانتِ الزيادةُ حصلتْ بفعلِ المُكري ، بأَنْ فوَّضَ المُكتري إليهِ أَنْ يكيلَ عشرةَ أَقفزةٍ ، ويحملَها علىٰ بهيمةٍ ، فكالَ المُكري أَحَدَ عشرَ قفيزاً ، وحملَها علىٰ بهيمتِهِ . . فإنَّهُ غاصبٌ لمَا زادَ علىٰ العشرةِ ؛ لأَنَّهُ قبضَهُ بغيرِ إذنِ مالكِهِ ، ولا تجبُ لَه أُجرةٌ بحملِهِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بحملهِ ، فإنْ تلفتِ البهيمةُ . . لَم يلزمِ المُكتريَ ضمانُها ؛ لأَنَّها تلفتْ بفعلِ صاحِبِها ، وللمكتري أَنْ يطالبَ المُكريَ بردِّ ما زادَ علىٰ العشرةِ إلىٰ البلدِ الذي ٱكترىٰ منه ؛ لأَنَّهُ حملَهُ بغيرِ إذنهِ ، وليسَ للمُكتري إجبارُهُ علىٰ ردِّهِ ، بلْ لوِ ٱختارَ إقرارَهُ في البلدِ الَّذي حملَهُ إليهِ . . كانَ لَه ؛ لأَنَّهُ عينُ مالِهِ .

وإنْ لقيَهُ المُكتري في البلدِ الَّذي حملَ منهُ الطعامَ . . فهلْ لَه أَنْ يطالبَهُ ببدلِ الطعامِ إلىٰ أَنْ يردَّ إليهِ طعامَهُ ؟

نقلَ المُزنيُّ : (أَنَّ لَه مطالبتَهُ ببدلِهِ) . وقالَ في « الأُمِّ » : (لَه مطالبتُهُ بردِّهِ) . وقدْ قيلَ : لَه المطالبةُ ببدلِ الطعامِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لَه المطالبةُ ببدلِهِ إلىٰ أَنْ يردَّ إليهِ طعامَهُ ، كمنْ غصبَ مِنْ رجلٍ عبداً ، فأَبَقَ منهُ .

ومنهُم مَنْ قالَ : ليسَ لَه المطالبةُ ببدلِهِ ؛ لأَنَّ عينَ مالِهِ باقيةٌ يمكنُ ردُّها ، ويفارقُ الآبقَ ، فإنَّهُ لا يمكنُ ردُّهُ ، والَّذي حكاهُ الشافعيُّ فليسَ بمذهبٍ لَه .

وأَمّا إذا كالَ المُكتري أَحدَ عشرَ قفيزاً ، وحملَها المُكري علىٰ بهيمتِهِ ، ولَم يعلمْ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : أَنَّ حُكمَهُ حكمُ ما لو كالَهُ المُكتري ، وحملَهُ علىٰ البهيمةِ ؛ لأَنَّ التدليسَ[1] حصلَ بالكيلِ ؛ لأَنَّ المُكريَ لَم يَعلمْ بهِ .

والثاني : أَنَّ حكمَهُ حكمُ ما لو كالَهُ المُكري ، وحملَهُ علىٰ البهيمةِ ؛ لأَنَّهُ مفرِّطٌ في ذٰلكَ ، وكانَ الاحتياطُ أَن لا يَحملَ إِلاَّ بعدَ المعرفةِ بقدْرِهِ .

وهٰذانِ الوجهانِ مأخوذانِ مِنَ القولينِ فيمنْ سمَّ طعامَهُ ، وقدَّمَهُ إِلىٰ غيرِهِ ، فأَكَلَهُ .

قالَ أَبو إِسحاقَ : وهٰذا إِذا كانتِ الزيادةُ بحيثُ يمكنُ الاحترازُ منْها ، ولا يقعُ التفاوتُ فيها بينَ الكيلينِ ، وأَمّا إِذا كانتْ يسيرةً لا يمكنُ الاحترازُ منْها ، ويقعُ مِثلُها في الكيلينِ ، مثلُ : أَنْ يزيدَ مكُّوكاً أَو مكُّوكينِ . فلا يكونُ لَها حكمٌ في أُجرةٍ ولا ضمانٍ ولا ردٍّ ؛ لأَنَّ ما يقعُ في المكيالِ في العادةِ مِنَ الغلطِ يُعفىٰ عنهُ ، كما يُعفىٰ عنِ الغُبْنِ الذي يُتغابنُ الناسُ بمثلِهِ في بيعِ الوكيلِ .

وإِنْ كانتِ الزيادةُ بفعلِ أَجنبيٍّ ، بأَنِ ٱستأمنَهُ المُكتري والمُكري علىٰ أَنْ يكيلَ عشرةَ أَقفزةٍ ، ويحملَهُ علىٰ البهيمةِ ، فكالَ عليها أَحدَ عشرَ قفيزاً ، وحملَهُ عليها . . فإِنَّهُ يجبُ عليه أُجرةُ المثلِ للزيادةِ للمُكري ، ويجبُ عليهِ ضمانُ البهيمةِ إِنْ تلفتْ ، ويجبُ عليهِ ردُّ الزيادةِ للمُكتري إِلىٰ البلدِ الَّذي حملَ منهُ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بمالِ كلِّ واحدٍ منهُما ، فتعلَّقَ لكلِّ واحدٍ منهُما حكمُ التعدِّي في مالِهِ .

فرعٌ : [اختلاف المكري والمكتري في وزن الحمل] :

وإِنِ ٱختلفَ المُكري والمُكتري في الزيادةِ ، بأَنْ قالَ المُكتري : أَنا حملتُ عليها أَحدَ عشرَ قفيزاً ، وقالَ المُكري : بلْ حملتَ أَنتَ عليها عشرةَ أَقفزةٍ ، وحملتُ عليها لنفسي قفيزاً . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فالقولُ قولُ المُكري معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ يدَهُ عليها . قيلَ لَه : وإِنْ كانَ المُكتري معَ الطعامِ ؟ قالَ : نَعم ؛ لأَنَّ ذٰلكَ علىٰ بهيمةِ المُكري ويدُهُ عليها وعلىٰ المتاعِ الَّذي عليها .

---

(١) **التدليس** : الخديعة ، قال الأزهري : ليس لي في الأمر ولس ولا دلس ، أي : لا خيانة ولا خديعة ، وتطلق علىٰ كتمان العيب ، ونحوه الوزن .

فرعٌ : [اكترىٰ أَرضاً ليزرعها حنطة فزرع غيرها] :

وإِنِ ٱكترىٰ أَرضاً ليزرعَها حنطةً ، فزرعَها ما هوَ أَضرُّ مِنَ الحنطةِ ، بأَنْ زرعَها ذُرةً أَو دُخناً[١] . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيما يلزمُهُ مِنَ الأُجرةِ :

فقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : هيَ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ أُجرةُ المِثلِ للأَرضِ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بالعدولِ عنِ المعقودِ عليهِ إِلىٰ غيرِهِ ، فلزمَهُ أُجرةُ المِثلِ ، كما لوِ ٱستأجرَ أَرضاً ليزرعَها وزرعَ غيرَها .

والثاني : يلزمُهُ الأُجرةُ المسمّاةُ وأُجرةُ المِثلِ للزيادةِ ؛ لأَنَّهُ ٱستوفىٰ ما ٱستحقَّهُ وزيادةً ، فأَشبهَ إِذا ٱستأجرَ ظَهراً إِلىٰ مكانٍ ، فجاوزَ بهِ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يلزمُهُ المسمّىٰ وأُجرةُ المِثلِ للزيادةِ .

والثاني : أَنَّ المُكريَ بالخيار : إِنْ شاءَ . . أَخذَ المسمّىٰ وأجرةَ المِثلِ للزيادةِ ، وإِنْ شاءَ . . أَخذَ أُجرةَ المِثلِ للجميعِ .

وقالَ القاضي أَبو حامدٍ : المسأَلةُ علىٰ قولٍ واحدٍ ، وأَنَّ المُكريَ بالخِيارِ : إِنْ شاءَ . . أَخذَ المسمّىٰ وأُجرةَ المِثلِ للزيادةِ ، وإِنْ شاءَ . . أَخذَ أُجرةَ المِثلِ للجميعِ ؛ لأَنَّهُ أَخذَ شِبهاً ممَّنِ ٱكترىٰ أَرضاً ، فزرعَ غيرَها ، وشِبهاً ممَّنِ ٱكترىٰ ظَهراً إِلىٰ مكانٍ ، فجاوزَ بهِ إِلىٰ غيرِهِ ، فخُيِّرَ بينَ موجَبَيها .

وإِنِ ٱكترىٰ ظَهراً ليحملَ عليهِ مئةَ مَنّاً[٢] قُطناً ، فحملَ عليهِ مئةَ مَنّاً حديداً . . فهوَ كما لوِ ٱكترىٰ أَرضاً ليزرعَها حنطةً ، فزرعَها دُخناً علىٰ ما مضىٰ مِنَ الخلافِ . **والَّذي**

---

(١) **الدخن** : نوعان ، **أحدهما** : ينسحل عنه قشره ، كالأرز ، **وآخر** : لا تزال قشرته أملس ، قريب من الذرة ، وهو جنس من الحبوب يشبه الجاورش ، يعمل منه خبز ، ويكون برياً ومزروعاً .

(٢) **المن** : يزن (٨١٢,٥٠) غراماً ، وقديماً يعادل : رطلان بالبغدادي .

يقتضيهِ المذهبُ : أَنَّ الأَرضَ والبهيمةَ إِذا تلِفَتا تحتَ يدِ المُكتري . . وجبَ عليهِ ضمانُهما ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بما فعلَهُ ، فصارَ ضامناً لَهما بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [تلف العين بيد الأَجير] :

وإِنِ ٱستأَجرَ رجلٌ رجلاً ليعملَ لَه في عينٍ ، فتلفتِ العينُ في يدِ الأَجيرِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ بتفريطٍ مِنَ الأَجيرِ ، مثلِ : أَنِ ٱستأجرَهُ ليخبزَ لَه ، فأَلزقَ الخبزَ قبلَ أَنْ يسكنَ حَمْيُ التنُّورِ أَوِ الفرنِ ويَهْدأَ لهبُهُ ، أَو تَركَ الخبزَ فيهِ أَكثرَ ممّا يُتركُ في العادةِ ، فٱحترقَ . . ضمنَهُ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّهُ هلكَ بعُدْوانِهِ .

وإِنْ هلكَ بغيرِ تفريطٍ مِنَ الأَجيرِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ يعملُ في مِلكِ المستأجِرِ ، مثلِ : أَنِ ٱستدعىٰ خيّاطاً إِلىٰ دارِهِ أَو دكّانِهِ ليخيطَ لَهُ ، أَوِ ٱستدعىٰ صبّاغاً إِلىٰ مِلكِهِ ليصبغَ لَه ، أَو لَم يكنْ في مِلكهِ ، إِلاَّ أَنَّهُ واقفٌ معَ الأَجيرِ مشاهدٌ لَه ، فتلفتِ العينُ مِنْ غيرِ تفريطٍ مِنَ الأَجيرِ . . فلا يجبُ علىٰ الأَجيرِ ضمانُها ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ يدَ المالكِ ثابتةٌ علىٰ عينِ مالِهِ حكماً ، فهوَ كما لَو أَجَّرَ رجلاً دابَّةً ليركبَها ، فركبها وصاحبُها معَها .

وإِنْ لَم تكنْ يدُ صاحبِها عليها ، مثلُ : أَنْ كانَ الخيّاطُ يخيطُ في مِلكِ نفسِهِ والمستأجِرُ غائبٌ عنهُ ، فتلفتِ العينُ مِنْ غيرِ تفريطٍ مِنَ الأَجيرِ . . فهلْ يجبُ علىٰ الأَجيرِ الضمانُ ؟ ينظرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ أَجيراً مشترَكاً . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ الضمانُ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ ، ورُوِيَ ذٰلكَ عَنْ عمرَ ، وعليٍّ .

ووجهُهُ : قولُه ﷺ : « عَلَىٰ ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَ »[1] ، ولأَنَّهُ قبضَ العينَ لمنفعةِ نفسهِ مِنْ غيرِ ٱستحقاقٍ ، فضمنَها ، كالعاريَّةِ .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن سمرة أبو داود (٣٥٦١) والترمذي (١٢٦٦) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٠٠) في الصدقات . قال الترمذي : حسن صحيح .

فقولُنا : (لمنفعةِ نفسهِ) ٱحترازٌ مِنَ الوديعةِ .

وقولُنا : (بغيرِ ٱستحقاقٍ) ٱحترازٌ مِنَ الرهنِ ومِنَ العينِ التي ٱستأجَرها .

والثاني : لا يجبُ عليهِ الضمانُ ، وبهِ قالَ عطاءٌ ، وطاووسٌ ، وزفرُ ، وأَحمدُ ، وإِسحاقُ ، والمزنيُّ . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّها عينٌ قبضَها بعقدِ الإِجارةِ ، فلَمْ يضمنْها مِنْ غيرِ تعدٍّ ، كالعينِ المستأجرَةِ ، أَو لأَنَّها عينٌ قبضَها لمنفعةِ نفسهِ ومنفعةِ المالكِ ، فلَم يضمنْها مِنْ غيرِ تعدٍّ فيها ، كمالِ القراضِ والنخلِ في المساقاةِ .

وقالَ الربيعُ : كانَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ يذهبُ إِلىٰ : أَنَّهُ لا ضمانَ علىٰ الأَجيرِ ، قولاً واحداً ، وإِنَّما كانَ لا يبوحُ بهِ لفسادِ الصُّنّاعِ . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : إِنْ تلفتِ العينُ بأَمرٍ ظاهرٍ ، كالحريقِ ، والنهبِ . . فلا ضمانَ عليهِ ، وإِنْ تلِفتْ بغيرِ ذٰلكَ . . ضمنَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ تلِفتْ بفعلهِ . . ضمنَها وإِنْ كانَ الفعلُ مأذوناً فيهِ ، وإِنْ تلِفتْ بغيرِ فعلهِ . . فلا ضمانَ عليهِ) . وتوجيهُ القولينِ دليلٌ عليهم .

وإِنْ كانَ الأَجيرُ منفرداً . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : هوَ علىٰ قولينِ . **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قالَ : (والأُجراءُ كلُّهم سواءٌ) .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لا يجبُ عليهِ الضمانُ ، قولاً واحداً ، كما لو كانَ العملُ في دكّانِ المستأجرِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فٱختلفَ أَصحابُنا في صفةِ الأَجيرِ المشترَكِ والمنفردِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : (المشترَكُ) : هوَ الذي ٱستأجرَهُ علىٰ عملٍ في ذمَّتِهِ ؛ لأَنَّ لكلِّ أَحدٍ أَنْ يستأجرَهُ علىٰ عملٍ في ذمَّتِهِ ، وهوَ مشترَكٌ بينَ الناسِ . و (المنفردُ) : هوَ الَّذي ٱستأجرَهُ ليعملَ له مدَّةً ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ لغيرهِ أَنْ يستأجرَهُ في تلكَ المدَّةِ ، فقدِ ٱنفردَ بها .

ومنهُم مَنْ قالَ : (المشترَكُ) : هوَ أَنْ يستأجرَهُ ليعملَ لَه شيئاً ، وقالَ لَه : ٱعملْهُ في أَيِّ موضعٍ شئتَ ، فيجعلُهُ شريكاً في الرأْيِ والتدبيرِ . و (المنفردُ) : أَنْ يستأجرَهُ

ليعملَ لَه شيئاً ، وقالَ : اُعملْهُ في هٰذا الموضعِ ، ولا تعملْهُ في غيرِهِ . **والصحيحُ هوَ الأوَّلُ** .

فرعٌ : [اُستأجر معلِّماً ليعلِّم صبياً] :

وإنِ اُستأجرَ رجلاً ليعلِّمَ لَه صبيّاً . . فللمعلِّمِ أَنْ يضربَهُ ويؤدِّبَهُ علىٰ التعليمِ ؛ لأَنَّ العادةَ جرتْ بهِ .

فإِنْ ماتَ الصبيُّ منهُ . . وجبَ علىٰ الأَجيرِ ضمانُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ قدْ كانَ يمكنُهُ تأديبُهُ بالتخويفِ والزجرِ بالقولِ ، بخلافِ البهيمةِ ، حيثُ قُلنا : إذا ضربَها المستأجِرُ ضرباً معتاداً ، فماتتْ منهُ . . لَم يجبْ عليهِ ضمانُها ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ زجرُها بغيرِ ذٰلكَ .

وإنْ ماتَ الصبيُّ في يدِ المعلِّمِ مِنْ غيرِ فعلٍ منْهُ ، فإنْ كانَ حرّاً . . لم يجبْ عليهِ ضمانُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ يدَهُ ثابتةٌ علىٰ نفسِهِ ، وإِنْ كانَ مملوكاً . . فعلىٰ قولينِ ؛ لأَنَّ يدَ المعلِّمِ تثبتُ علىٰ المملوكِ .

فرعٌ : [لا يد للحجّام علىٰ الحرِّ] :

ولا يدَ للحجّامِ علىٰ الحرِّ ، فإِنْ ماتَ بغيرِ تعدٍّ مِنَ الحجّامِ فيهِ . . لَم يجبْ عليهِ ضمانُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ يدَ الحرِّ ثابتةٌ علىٰ نفسِهِ ، وإِنْ كانَ المحجومُ مملوكاً ، فماتَ وهوَ في يدِ الحجّامِ بغيرِ تعدٍّ منهُ فيهِ . . فهلْ يجبُ عليهِ ضمانُهُ ؟ فيهِ قولانِ ، كالبهيمةِ .

وإنِ اُستأجرَ رجلاً ليرعىٰ لَه غنماً ، فتلفتْ في يدِ الأَجيرِ مِنْ غيرِ تفريطٍ منهُ ، فإِنْ كانَ يرعاها في مِلكِ صاحبِها ، أَو في غيرِ مِلكِهِ إلاَّ أَنَّ مالكَها مشاهدٌ لها . . لَم يجب علىٰ الراعي ضمانُها ، قولاً واحداً ، وإِنْ كانَ يرعاها في مَواتٍ ، أَو في مِلكِ الأَجيرِ ومالكُها غيرُ مشاهدٍ لها . . فهلْ يجبُ عليهِ ضمانُها ؟ فيهِ قولانِ .

وإنِ اُستأجرَ لَه رجلاً ليحفظَ لَه متاعاً في دكّانِهِ . . لَم يضمنْهُ الأَجيرُ مِنْ غيرِ تفريطٍ منهُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ في مِلكِ صاحبِهِ .

فرعٌ : [أستأجر سائساً ليروِّض دابته] :

وإنِ آستأجرَ روّاضاً ليروِّضَ لَه دابَّةً . . فلَه أَنْ يضربَها ويكبَحها باللِّجامِ ، ويحملَ عليها في السيرِ أَكثرَ ممّا يكونُ لمُستأجِرِ الدابَّةِ ؛ لأَنَّ القصدَ تأديبُها ، وذٰلكَ لا يحصُلُ إلاَّ بذٰلكَ ، فإنْ فعلَ ذٰلكَ وماتتْ منهُ ، فإنْ كانتْ في مِلكِ صاحبِها ، أَو كانَ مشاهِداً لها . . لَم يجبْ علىٰ الرائِضِ ضمانُها ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ يدَ صاحبِها عليها ، وإنْ كانَ في غيرِ ملكِ صاحبِها وهوَ غائبٌ عنها . . فهلْ يجبُ علىٰ الأَجيرِ ضمانُها ؟ فيهِ قولانِ .

وإنْ ضربَها ، أَو كبحَها ، أَو حملَ عليها في السيرِ أَكثرَ مِمّا جرتْ عادةُ الروّاضِ بهِ ، فماتتْ . . ضمنَها ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ متعدٍّ بذٰلكَ .

فرعٌ : [ما يضمنه الأَجير] :

وأَمّا قدْرُ ما يضمنُهُ الأَجيرُ . . فيُنظرُ فيهِ :

فإنِ آستأجرَهُ ليعملَ لَه في عينٍ في مِلكهِ أَو غيرِ مِلكهِ وهوَ مشاهِدٌ لها . . فقدْ قُلنا : إِنَّهُ لا يضمنُها الأَجيرُ إلاَّ بالتعدِّي فيها ، فإنْ تعدَّىٰ الأَجيرُ فيها ، ثمَّ أَتلفَها . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإنَّهُ يلزمُهُ قيمتُها يومَ الإتلافِ لا يومَ التعدِّي ؛ لأَنَّهُ إذا تعدّىٰ فيها وهيَ باقيةٌ . . فيدُ مالكِها عليها ، فزالَ تعدِّيهِ بثبوتِ يدِ صاحبِها عليها .

وإنْ كانَ الأَجيرُ يعملُ في غيرِ مِلكِ المستأجِرِ والمالكُ غيرُ مشاهِدٍ لها ، فإنْ قُلنا : إنَّ يدَهُ يدُ أَمانةٍ فتعدّىٰ فيها . . لزمَهُ قيمتُها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ التعدِّي إلىٰ أَنْ تلِفتْ . وإنْ قُلنا : إنَّ يدَهُ يدُ ضمانٍ . . لزمَهُ قيمتُها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ قبضَها إلىٰ أَنْ تلِفتْ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يجبُ قيمتُها يومَ التلفِ إلاَّ أَنْ يتعدّىٰ بها . . فيلزمُهُ علىٰ هٰذا قيمتُها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ تعدّىٰ بها إلىٰ أَنْ تلِفتْ . **والأَوّلُ أَصحُّ** .

وأَمّا وجوبُ الأُجرةِ للأَجيرِ إذا تلِفتِ العينُ بعدَ أَنْ عملَ جميعَ العملِ أَو بعضَهُ . . فيُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ العملُ في مِلكِ المستأجِرِ أو في غيرِ مِلكهِ وهوَ مشاهدٌ لها . . ٱستحقَّ الأَجيرُ أُجرةَ ما عملَ ؛ لأَنَّهُ كلَّما عملَ الأجيرُ شيئاً . . صارَ المستأجِرُ قابضاً له .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إلاَّ أَنْ يكونَ الأَجيرُ تعدّىٰ في العينِ حينَ ٱبتدأَ[1] في العملِ ، فإِنَّه لا يستحقُّ أُجرةَ ما عملَ ؛ لأَنَّهُ متعدٍّ حينَ العملِ ، فلَم يستحقَّ أجرةً .

وإِنْ كانَ العملُ في مِلكِ الأَجيرِ والمستأجِرُ غيرُ مشاهدٍ لَه . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : إِنْ قُلنا : إِنَّهُ أَمينٌ . . لَم يستحقَّ الأُجرةَ ؛ لأَنَّهُ لَم يسلِّمِ العملَ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضامنٌ . . ٱستحقَّ عليهِ الأُجرةَ ؛ لأَنَّهُ يقوَّمُ عليهِ معمولاً ، فيصيرُ بالتضمينِ مسلِّماً للعملِ ، فٱستحقَّ الأُجرةَ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغ : لا يستحقُّ الأَجيرُ الأُجرةَ علىٰ القولينِ ، وإِنْ كانَ قدْ أَخذَ الأُجرةَ . . ردَّها ؛ لأَنَّ الأُجرةَ إِنَّما تستقرُّ لَه بتسليمِ العملِ ، ولَم يسلِّمْ لَه شيئاً مِنَ العملِ .

فرعٌ : [ٱستئجر حائكاً لينسج غزله] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إِذا دفعَ إِلىٰ حائكٍ غَزْلاً ، وٱستأجرَهُ لينسِجَها لَه ثوباً طولُه عشرةُ أَذرعٍ في عَرضِ أَربعةٍ ، فنسَجَهُ دونَ الطولِ والعَرضِ المذكورينِ . . ٱستحقَّ مِنَ الأُجرةِ بحصَّةِ ما عملَ مِنَ المسمّىٰ ، وإِنْ نسَجَهُ أَكثرَ ممّا قدَّرَ لَه . . لَم يستحقَّ زيادةً علىٰ المسمّىٰ .

وقالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ : إِذا جاءَ بهِ أَكثرَ مِنَ الذَّرعِ المشروطِ أَو أَقلَّ . . فصاحبُ الثوبِ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يطالبَهُ بمثلِ غَزْلهِ ويدفعَ إِليهِ الثوبَ ، وبينَ أَنْ يدفعَ إِليهِ بحسابهِ مِنَ الأُجرةِ ؛ لأَنَّ غرضَهُ لَم يُسلَّمْ لَه . وهٰذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّهُ ٱستأجرَهُ ليعملَ لَه عملاً ، فعملَ لَه بعضَهُ فٱستحقَّ بقدْرِهِ مِنَ الأُجرةِ ، كما لوِ ٱستأجرَهُ ليضرِبَ لَه لَبِناً معلوماً ، فضربَ لَه بعضَهُ .

---

(١) في (م) : (البدء) .

فرعٌ : [استأجره لينسج ثوباً صفيقاً] :

قالَ الطبريُّ : وإنِ ٱستأجرَهُ لينسُجَ لَه غَزْلاً ثوباً صفيقاً[1] ، فنسَجهُ رقيقاً . . فلَهُ أُجرةُ المِثلِ ، وإنِ ٱستأجرَهُ لينسُجَهُ رقيقاً ، فنسجَهُ صَفيقاً . . فلَهُ المسمّىٰ ، ولا شيءَ لَه للزيادةِ في العملِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يضمنُ قيمةَ الغَزْلِ في الحالينِ ، والثوبُ لَه) .

دليلُنا : أَنَّ ما عمِلَهُ مِنْ جنسِ ما ٱستُؤجِرَ عليهِ ، والنقصُ عنِ المشروطِ عبثٌ[2] بمالِ الغيرِ ، فٱقتضىٰ ضماناً ، ولا يُنقلُ المِلكُ قهراً ، والزيادةُ التي أَحدثها متطوِّعٌ بها ، فلَم يستحقَّ لأَجلِها أُجرةً .

وإِنْ جحدَ النسّاجُ الغَزْلَ ، ثمَّ نَسجَها ثوباً . . فالثوبُ لمالكِ الغَزْلِ ، ولا شيءَ للأَجيرِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (الثوبُ للنسّاجِ ، وعليهِ قيمةُ الغَزْلِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ صارَ ضامناً لَه بالجحودِ ، فلا يستحقُّ أُجرةً بعدَ ذٰلكَ ، ولا يملكُها ، كالغاصبِ .

فرعٌ : [استأجره بريداً] :

وإِنِ ٱستأجرَ رجلاً ليحملَ لَه إِلىٰ رجلٍ كتاباً ، ويردَّ الجوابَ ، فأَوصلَ الأَجيرُ الكتابَ إِلىٰ المكتوبِ إِليهِ ، فماتَ المكتوبُ إِليهِ قبلَ ردِّ الجوابِ . . فللأَجيرِ مِنَ الأُجرةِ بقدرِ ذهابِهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا شيءَ لَه) .

دليلُنا : أَنَّهُ عملَ بعضَ ما ٱستُؤجِرَ عليهِ علىٰ مقتضىٰ الأَمرِ ، فٱستحقَّ مِنَ الأُجرةِ بقَدْرِ ما عملَ ، كما لو كتبَ إِلىٰ جماعةٍ ، فأَوصلَ إِليهم ، فردَّ بعضُهُم الجوابَ دونَ بعضٍ .

---

(١) الصفيق : الثخين المتين ، خلاف السخيف .

(٢) في نسخة : (عيب) .

وإنِ ٱستأجرَهُ ليحملَ لَه الكتابَ إِلىٰ رجلٍ ، ولَم يقلْ : وتردَّ الجوابَ ، فلَم يجدِ الأَجيرُ المكتوبَ إليهِ . . ٱستحقَّ الأَجيرُ الأُجرةَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يستحقُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ عملَ المعقودَ عليهِ ؛ لأَنَّ عليهِ قطعَ المسافةِ بالكتابِ ، فٱستحقَّ الأُجرةَ ، كما لو وجدَ المكتوبَ إليهِ ، فدفعَ إِليهِ الكتابَ ، فٱمتنعَ مِنْ أَخذهِ .

مسأَلةٌ : [إتلاف الخيَّاط القماش] :

إِذا دفعَ إِلىٰ رجلٍ ثوباً ، وقالَ : إِنْ كانَ يكفيني للقميصِ فٱقطعهُ ليَ قميصاً ، فقطعَهُ ، فلَم يكفِهِ . . لزمَ القاطعَ الضمانُ ، لأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ بالقطعِ بشرطٍ ، وقدْ قطعَهُ مِنْ غيرِ وجودِ الشرطِ ، فضمنَهُ .

وإِنْ قالَ : أَيكفيني للقميصِ ؟ فقالَ : نعمْ ، فقالَ : ٱقطعْهُ لي قميصاً ، فقطعَهُ ، فلَم يكفِهِ . . لَم يلزمِ القاطعَ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ قطعَهُ بإِذنٍ مطلَقٍ .

وإِنْ دفعَ إِلىٰ رجلٍ ثوباً ، فقالَ : ٱستأجرتُكَ لخياطتِهِ ، فإِنْ خطتَهُ روميّاً فلكَ درهمانِ ، وإِنْ خطتَهُ فارسيّاً فلكَ درهمٌ . . فالأُجرةُ فاسدةٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (الأُجرةُ صحيحةٌ) .

دليلُنا : أَنَّ المنفعةَ المعقودَ عليها غيرُ معيَّنةٍ ، فلَمْ تصحَّ ، كما لو قالَ : بعتُكَ أَحدَ هٰذينِ العبدينِ ، أَو بعتُكَ هٰذا الثوبَ بدرهمٍ ، أَو هٰذا العبدَ ، أَو هٰذينِ العبدينِ بدرهمينِ[1] .

فرعٌ : [أجرة الحمّاميِّ] :

وٱختلفَ أَصحابُنا فيما يأخذهُ الحمَّاميُّ :

فمنهُم مَنْ قالَ : هوَ ثمنُ الماءِ ، وهوَ متطوِّعٌ بحفظِ الثيابِ ، ومعيرٌ للسطلِ .

---

(١) في نسخة : (أو هذا العبد بدرهمين) .

فعلىٰ هٰذا : لا يضمنُ الحمّاميُّ الثيابَ إذا تلِفتْ مِنْ غيرِ تفريطٍ ، ولَه عِوضُ السطْلِ إذا تلِفَ بكلِّ حالٍ .

ومنهُم مَنْ قالَ : هوَ أُجرةُ الدخولِ والسطلِ ولحفظِ الثيابِ .

فعلىٰ هٰذا : لا يضمنُ الداخلُ السطلَ إذا تلِفَ بغيرِ تعدٍّ منهُ .

وهلْ يضمنُ الحمّاميُّ الثيابَ إذا لَم يفرِّطْ فيها ؟ علىٰ قولينِ[1] ؛ لأَنَّهُ أَجيرٌ مشتركٌ .

مسأَلةٌ : [ارتكاب الأجير محظوراً في الحج] :

إذا اْرتكبَ الأَجيرُ في الحجِّ شيئاً مِنْ محظوراتِ الحجِّ ، بأَنْ تطيَّبَ أَو لبسَ . . وجبتِ الفديةُ في مالِهِ ؛ لأَنَّها جنايةٌ ، فكانَ بدلُها عليهِ .

وإنِ اْستأجرَهُ ليقرنَ عنهُ أَو يتمتَّعَ . . فإنَّ الدمَ يجبُ علىٰ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهُ وجبَ بإذنهِ .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة »] فيها قولاً مخرَّجاً : أَنَّهُ يجبُ علىٰ الأَجيرِ ، كدمِ الجُبْرَاناتِ . **والأَوَّلُ هوَ المشهورُ** .

فإنْ شرطَ المستأجرُ : أَنَّ دمَ القرانِ والتمتُّعِ علىٰ الأَجيرِ . . بطلتِ الإجارةُ ؛ لأَنَّهُ في معنىٰ بيعٍ وإجارةٍ ، إلاَّ أَنَّ الهديَ مجهولٌ ، فلذٰلكَ لَم يصحَّ ، قولاً واحداً .

فرعٌ : [إفساد الأجير الحج] :

وإنْ أَفسدَ الأَجيرُ الإحرامَ بالوطءِ . . فإنَّ الإحرامَ ينقلبُ إلىٰ الأَجيرِ ، وعليهِ أَنْ يمضيَ في فاسدِهِ ، ويلزمُهُ بدنَةٌ ، ويلزمُهُ القضاءُ .

وقالَ المُزنيُّ : لا ينقلبُ إلىٰ الأَجيرِ ، بلْ يمضي فيهِ الأَجيرُ عنِ المستأجِرِ ، ولا يجبُ القضاءُ علىٰ أَحدِهما ؛ لأَنَّ الحجَّ لا يجوزُ أَنْ ينعقدَ عنْ شخصٍ وينقلبَ إلىٰ

---

(١) قال النواوي في « الروضة » (٤/ ٣٠٢) : **أصحُّهما** : أنه أجرة الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب .

غيرِهِ ، ولا يجبُ القضاءُ علىٰ الأجيرِ ؛ لأنَّ الحجَّ فسدَ علىٰ غيرِهِ ولا علىٰ المستأجِرِ ؛ لأنَّهُ لَم يفسدْ . وهٰذا خطأٌ ؛ لأنَّهُ أتىٰ بالحجِّ علىٰ غيرِ الوجهِ المأذونِ فيهِ ، فوقعَ عنهُ ، كما لَو وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لَه عيناً بصفةٍ ، فٱشترىٰ لَه عيناً بغيرِ تلكَ الصِّفَةِ ، وهلْ تنفسخُ الإِجارةُ ؟

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ حجِّ الأجيرِ بنفسِهِ . . ٱنفسختِ الإجارةُ ؛ لأنَّ المعقودَ عليهِ حَجُّهُ بنفسِهِ في هٰذهِ السنةِ ، وقدْ فاتَ ذٰلكَ ، وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ حجٍّ في الذمَّةِ . . فهلْ يثبتُ للمستأجِرِ الخِيارُ ؟ ينظرُ فيهِ :

فإنْ كانتِ الإجارةُ عنْ حَيٍّ . . ثبتَ لَهُ الخِيارُ ؛ لأنَّهُ يستفيدُ بذٰلكَ التصرُّفَ بالأُجرةِ .

وإنْ كانتِ الإجارةُ عنْ ميِّتٍ مِنْ مالِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

[الأوَّلُ] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يثبتُ للمستأجِرِ الخِيارُ ؛ لأنَّ لَه فائدةً في الفسخِ ، وهوَ أَنَّهُ يتعجَّلُ عنهُ الاستئجارُ في السنةِ الثانيةِ ؛ لأنَّ الأَجيرَ يقضي فيها عمّا أَفسدَهُ .

و **[الثاني]** : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لا يثبتُ لَه الخِيارُ ؛ لأنَّهُ لا بدَّ مِن ٱستئجارِ غيرِهِ . وأَمّا قضاءُ الأَجيرِ في الثانيةِ : فإنَّهُ يمكنُهُ أَنْ يستأجِرَ مَنْ يحجُّ عنِ الميّتِ ؛ لأنَّ الإجارةَ في ذمَّتهِ .

فرعٌ : [إحصار الأجير] :

وإنْ أَحرمَ الأَجيرُ عنِ المستأجِرِ ، وأَتىٰ ببعضِ النسُكِ ، ثمَّ أُحصرَ . . فإنَّهُ يتحلَّلُ ، وعمَّنْ يقعُ ما فعلَهُ قبلَ التحلُّلِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

[أَحَدُهُما] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يقعُ عنِ المستأجِرِ ؛ لأنَّهُ أَتىٰ بهِ علىٰ الوجهِ المأذونِ فيهِ ، بخلافِ الإفسادِ .

و **[الثاني]** : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : يقعُ عنِ المَحصَرِ ، والدمُ عليهِ . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : **وهوَ الأَقيسُ** . وهلْ يكونُ لَه شيءٌ مِنَ الأُجرةِ ؟ علىٰ قولينِ ، كما لو ماتَ .

وإنْ لَم يتحلَّلِ الأَجيرُ ، وأَقامَ حتَّىٰ فاتَ الحجُّ وزالَ الحصرُ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ٱنقلبَ إِلىٰ الأَجيرِ في قولِ الشيخِ أَبي حامدٍ والقاضي ، ويتحلَّلُ بعملِ عمرةٍ ، ولا يستحقُّ الأُجرةَ علىٰ ما فعلَ بعدَ الفواتِ ؛ لأَنَّهُ فعلَ ذٰلكَ ليتحلَّلَ مِنْ إِحرامِهِ .

وهلْ يستحقُّ الأُجرةَ لِمَا فعلَهُ قبلَ الإِحرامِ ؟ علىٰ قولينِ .

فرعٌ : [استأجره ليحرم من ميقات معيَّن] :

وإنِ ٱستأجرَهُ ليُحرِمَ عنهُ مِنْ ميقاتِ طريقٍ ، فسلكَ الأَجيرُ طريقاً آخرَ ، فأَحرمَ مِنْ ميقاتِها . . أَجزأَ عنِ المحجوجِ عنهُ ، ولا يلزمُ الأَجيرَ الدمُ ، ولا يردُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ وإنْ كانَ الميقاتُ الَّذي أَحرمَ منهُ أَقربَ إِلىٰ الحرمِ ؛ لأَنَّ الشرعَ جعلَ هٰذهِ المواقيتَ يقومُ بعضُها مَقامَ بعضٍ مِنْ غيرِ نقصٍ .

وإنْ أَحرمَ عنهُ مِنْ دونِ الميقاتِ ، أَوِ ٱستأجرَهُ ليُحرِمَ عنهُ مِنْ موضعٍ فوقَ الميقاتِ ، فجاوزَ ذٰلكَ الموضعَ ، وأَحرمَ دونَهُ . . لزمَ الأَجيرَ دمٌ ؛ لأَنَّهُ تركَ الإِحرامَ مِنْ موضعٍ لزمَهُ الإِحرامُ منهُ ، وهلْ يلزمُهُ أَنْ يردَّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟

روىٰ المزنيُّ : (أَنَّهُ يردُّ بقَدْرِهِ مِنَ الأُجرةِ) . وقالَ في **القديمِ** : (أَراقَ دماً) . ولَم يتعرَّضْ للأُجرةِ . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهُم من قالَ : فيها قولانِ :

أَحدُهما : يردُّ ؛ لأَنَّهُ تركَ بعضَ ما ٱستُؤجِرَ عليهِ .

والثاني : لا يردُّ ؛ لأَنَّ ما تركَهُ قدِ ٱنجبرَ بالدمِ ، فهوَ كما لَو تطيَّبَ أَو قتلَ صيداً .

ومنهُم منْ قالَ : يردُّ ، قولاً واحداً ، وسكوتُهُ عنِ الأُجرةِ لا يدلُّ علىٰ أَنَّهُ لا يردُّ منها شيئاً .

فعلىٰ هٰذا : يقالُ : كَم أُجرةُ حَجِّهِ مِنَ الميقاتِ أَو مِنَ الموضعِ الَّذي عيَّنَهُ ؟ وكَم أُجرةُ حَجِّهِ مِنَ الموضعِ الَّذي أَحرمَ منهُ ؟ وينظرُ ما بينَهُما ، فيردُّ مِنَ المسمّىٰ مثلَ تلكَ النسبةِ .

فرعٌ : [استأجره في اليمن ليحرم بحجٍّ] :

وإنِ ٱستأجَرَ رجلٌ رجلاً مِنَ اليمنِ ليُحرِمَ عنهُ بالحجِّ مِنَ الميقاتِ ، فلمّا بلغَ الأَجيرُ الميقاتَ ، أَحرمَ بعمرةٍ عَنْ نفسِهِ ، فلمّا تحلَّلَ عنها ، أَحرمَ عَنِ المستأجِرِ بحجَّةٍ مِنْ مكَّةَ . . لزمَ الأَجيرَ الدمُ ، لا لأَجلِ المنفعةِ ـ لأَنّهما عَنْ شخصينِ ـ ولكنْ لأَجلِ أَنَّهُ تركَ الإِحرامَ عنِ المستأجِرِ مِنَ الميقاتِ ، وهلْ يلزمُ الأَجيرَ أَنْ يردَّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ علىٰ ما مضىٰ مِنَ الطريقينِ .

فإِذا قُلنا : يلزمُهُ أَنْ يردَّ . . فكيفَ يقسَّطُ ؟ فيهِ قولانِ :

قالَ في « الأُمِّ » : (يلزمُهُ أَنْ يردَّ ما بينَ حجِّهِ مِنَ الميقاتِ وبينَ حجِّهِ مِنْ مكَّةَ ، بأَنْ يُقالَ : كم أُجرةُ حجَّةٍ يُحرِمُ بها مِنَ الميقاتِ ؟ فإِنْ قيلَ : عشرةٌ . . قيلَ : فكم أُجرةُ حجَّةٍ يُحرِمُ بها مِنْ مكَّةَ ؟ فإِنْ قيلَ : تسعةٌ . . لزمَهُ أَنْ يردَّ عُشرَ المسمّىٰ ؛ لأَنَّ الحجَّ إِنَّما هوَ مِنَ الميقاتِ ، وما قبلَهُ ليسَ بحجٍّ) .

وقالَ في « الإِملاءِ » : (تُقسَّطُ الأُجرةُ هاهُنا علىٰ المسافةِ والعملِ) . فيقالُ : كمْ أُجرةُ حجَّةٍ يُسافرُ لها منَ اليمنِ ، ويُحرِمُ بها مِنَ الميقاتِ ؟ فإِنْ قيلَ : عشرونَ . . قيلَ : وكمْ أُجرةُ حجَّةٍ يُسافرُ لها مِنَ اليمنِ ، ويُحرِمُ بها مِنْ مكَّةَ ؟ فإِنْ قيلَ : عشرةٌ . . لزمَهُ أَنْ يردَّ نصفَ المسمّىٰ ؛ لأَنَّهُ ٱستأجرَهُ علىٰ عملٍ وسفرٍ ، وقد جعلَ السفرَ عنْ نفسهِ ، فردَّ ما في مقابلَتِهِ .

والفرقُ بينَ هٰذهِ المسأَلةِ علىٰ هٰذا القولِ والَّتي قبلَها : أَنَّ هاهُنا صرفَ المسافةَ إِلىٰ نفسِهِ ؛ لأَنَّهُ ٱعتمرَ عنْ نفسهِ مِنَ الميقاتِ ، وفي الَّتي قبلَها لَم يصرفِ المسافةَ إِلىٰ نفسِهِ ، بلْ قطعَها عنِ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهُ أَحرمَ بالنُّسُكِ عنهُ ، وإِنَّما تركَ بعضَ العملِ . هٰذا ترتيبُ الشيخِ أَبي حامدٍ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : تُقسَّطُ علىٰ حجَّةٍ مِنَ اليمنِ وحجَّةٍ مِنْ مكَّةَ ؛ لأَنَّ سفرَهُ كانَ لنفسِهِ . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا فيهِ نظرٌ ؛ لأَنَّهُ لا يعلمُ ذٰلكَ .

فإِنْ فرغَ المعتمرُ مِنْ عُمرتِهِ ، ورجعَ إِلىٰ الميقاتِ ، فأَحرمَ منهُ بحجَّةٍ عنِ المستأجِرِ . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فعلىٰ قولهِ في « الأُمِّ » : (لا يردُّ شيئاً) ، وعلىٰ قولهِ في « الإملاءِ » : (يردُّ ما بينَ الموضعِ الَّذي ٱستأجرَهُ منهُ وبينَ الميقاتِ) .

فرعٌ : [ٱستأجره لحج فترك واجباً] :

وإِنِ ٱستأجرَهُ للحجِّ ، فحجَّ عنهُ وتركَ المبيتَ والرميَ . . لزمَهُ مِنَ الدماءِ ما يلزمُهُ إِذا تركَ ذٰلكَ في حجَّةِ نفسهِ ، وهلْ يردُّ مِنَ الأُجرةِ شيئاً ؟ علىٰ الطريقينِ فيمَنْ أَحرمَ دونَ الميقاتِ .

فرعٌ : [ٱستأجره ليحج قارناً فتمتع] :

إِذا ٱستأجرَهُ ليقرنَ بينَ الحجِّ والعمرةِ ، فأَتىٰ بالعمرةِ والحجِّ عنهُ متمتِّعاً . . فقدْ زادَهُ مِنْ وجهٍ ، ونقصهُ مِنْ وجهٍ .

أَمّا الزيادةُ : فلأَنَّهُ ٱستؤجِرَ علىٰ نُسكَينِ ليأتيَ بهما معاً فأَفردَهُما ، وهٰذا أَزيدُ ، فلا شيءَ لَه بهٰذهِ الزيادةِ ؛ لأَنَّهُ تطوَّعَ بها .

وأَمّا النقصانُ : فلأَنَّهُ ٱستؤجِرَ ليأتيَ بهِما مِنَ الميقاتِ ، وقد أَتىٰ بالحجِّ مِنْ مكَّةَ ، فيقعانِ عنِ المحجوجِ عنهُ ، ويجبُ علىٰ المستأجِرِ دمُ التمتُّعِ ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ في نُسُكٍ يقتضي وجوبَ الدمِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويجبُ علىٰ الأَجيرِ دمٌ لتركِهِ الإِحرامَ بالحجِّ مِنَ الميقاتِ .

وقالَ المَحامليُّ : يجزىءُ الدمُ الَّذي علىٰ المستأجِرِ عنِ الأَجيرِ .

وهلْ يجبُ علىٰ الأَجيرِ أَنْ يردَّ بقسطِ ما تركَ مِن إِحرامهِ بالحجِّ مِنَ الميقاتِ إِلىٰ مكَّةَ ؟ فيهِ طريقانِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا يدلُّ علىٰ : أَنَّ الأَجيرَ يجبُ عليهِ الدمُ ، إِذ لَو لَم يجبْ عليهِ الدمُ . . لوجبَ أَنْ يردَّ مِنَ الأُجرةِ ، قولاً واحداً .

فرعٌ : [ٱستأجره ليَقرِن فأفرد] :

وإنِ ٱستأجَرهُ ليقرنَ بينَ الحجِّ والعمرةِ ، فأَفردَ الحجَّ عنهُ ، فإنْ أَتىٰ بالحجِّ لا غيرَ ، فقدِ ٱستؤجِرَ علىٰ نُسكَينِ ولَم يأتِ إلاَّ بأَحدِهما . . فيكونُ له مِنَ الأُجرةِ بقسطِ ما أَتىٰ بهِ ، فيقالُ : كَم أُجرةُ حجَّةٍ وعمرةٍ علىٰ وجهِ القِرانِ ؟ فإذا قيلَ : عشرةٌ . . قيلَ : فكَم أُجرةُ حجَّةٍ مفرَدةٍ لا عمرةَ بعدَها ؟ فإنْ قيلَ : ثمانيةٌ . . لزمَهُ أَنْ يردَّ خُمسَ المسمّىٰ . وإنْ أَتىٰ بالعمرةِ بعدَ الحجِّ . . ففيهِ وجهانِ :

[الأَوّلُ] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لا تقعُ العمرةُ عنِ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهُ عيَّنَ لَه أَنْ يأتيَ بها في أَشهرِ الحجِّ ، فإذا فاتَ ذٰلكَ الوقتُ لَم يكنْ لَه أَنْ يأتيَ بها عنهُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : أَنّها تقعُ عَنِ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَذِنَ لَه بها .

فعلىٰ هٰذا : إنْ أَحرمَ الأَجيرُ بالعمرةِ منَ الميقاتِ . . فلا دمَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَتىٰ بها مِنَ الميقاتِ ، وقد زادَهُ خيراً ؛ لأَنَّ إفرادَ الحجِّ والعُمرةِ أَفضلُ مِنَ القِرانِ ، ولا يستحقُّ لهٰذهِ الزيادةِ أُجرةً ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بها . وإنْ أَتىٰ بالعمرةِ مِنْ أَدنىٰ الحِلِّ . . وجبَ عليهِ الدمُ ؛ لأَنَّهُ أَخلَّ بالإِحرامِ بالعُمرةِ مِنَ الميقاتِ ، وهلْ يردُّ مِنَ الأُجرةِ شيئاً ؟ فيهِ طريقانِ .

فرعٌ : [ٱستأجر من يتمتع فقرن] :

إذا ٱستأجرَ رجلاً ليحجَّ عنهُ متمتِّعاً ، فقَرَنَ الأَجيرُ بينَ الحجِّ والعمرةِ مِنَ الميقاتِ عنهُ . . وقعا عَنِ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ فيهما ، وقد زادَ الأَجيرُ مِنْ وجهٍ ، ونقصَ مِنْ وجهٍ ، أَمّا الزيادةُ : فلأَنَّهُ أَتىٰ بالنُّسكَينِ مِنَ الميقاتِ ، وأَمّا النقصانُ : فلأَنَّهُ ٱستؤجِرَ علىٰ أَنْ يأتيَ بالنُّسكَينِ منفردينِ ، فجمعَ بينهُما . ويجبُ علىٰ المستأجِرِ دمٌ ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ في نُسُكٍ يقتضي وجوبَ الدمِ ، ولا شيءَ للأَجيرِ بالزيادةِ حيثُ أَحرمَ بالحجِّ من الميقاتِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بهِ ، ولا يلزمُهُ دمٌ لتركِ إحرامهِ بالحجِّ مِنْ مكَّةَ ؛ لأَنَّ الميقاتَ أَبعدُ مِنْها ، وهلْ يلزمُهُ أَنْ يردَّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ لأَجلِ النقصانِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهُما] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : عليهِ أَنْ يردَّ ما بينَ أُجرةِ المتمتِّعِ والقارنِ مِنَ المسمّىٰ إِنْ كانَ بينهُما شيءٌ .

و[الثاني] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لا يلزمُهُ أَنْ يردَّ شيئاً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ العملَ يجزىءُ في الشرعِ عَنِ العبادتينِ .

وإِنِ ٱستأجرهُ ليحجَّ عنهُ متمتِّعاً ، فحجَّ عنهُ مفرِداً ، فإِنْ أَتىٰ بالحجِّ عنهُ لا غيرَ . . فقدْ زادَهُ مِنْ وجهٍ ، ونقصَهُ مِنْ وجهٍ ، أَمّا الزيادةُ : فلأَنَّهُ كانَ عليهِ أَنْ يُحرِمَ عنهُ بالحجِّ مِنْ مكَّةَ ، وقدْ أَحرمَ بهِ عنهُ مِنَ الميقاتِ ، فلا شيءَ لَه بهٰذهِ الزيادةِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بِها ، وأَمّا النقصانُ : فلأَنَّهُ ٱستأجَرهُ ليأتيَ بنُسُكينِ عنهُ ، فأَتىٰ عنهُ بأَحدِهما ، فيردُّ مِنَ الأُجرةِ بقَدْرِ ما تركَ ، فيقالُ : كَم أُجرةُ حجَّةٍ وعُمرةٍ علىٰ وجهِ التَّمتُّعِ ؟ فإِن قيلَ : عشرةٌ . . قيلَ : فكم أُجرةُ حجَّةٍ يُحرِمُ بها مِنْ مكَّةَ ؟ فإِنْ قيلَ : خَمسةٌ . . لزمَهُ أَنْ يردَّ نصفَ المسمّىٰ . وإِنَّما قُلنا : كَم أُجرةُ حجَّةٍ يُحرِمُ بها مِنْ مكَّةَ ؛ لأَنَّهُ تطوَّعَ بالإِحرامِ بها مِنَ الميقاتِ .

وإِنْ أَتىٰ بالعمرةِ عنهُ بعدَ الحجِّ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ أَحرمَ بها مِنَ الميقاتِ . . فلا دمَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ زادَهُ خيراً ، وإِنْ أَحرمَ بها مِنْ أَدنىٰ الحِلِّ . . فعليهِ دمٌ لتركِهِ الإِحرامَ بالعمرةِ مِنْ ميقاتِ البلدِ ، وهلْ يردُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ فيهِ طريقانِ .

وعلىٰ قياسِ ما قالَ ٱبنُ الصبّاغِ فيمنِ ٱستُؤجِرَ ليقرِنَ ، فأَفردَ الحجَّ وأَتىٰ بالعمرةِ بعدَهُ . . أَنْ لا تقعَ العمرةُ هاهُنا عنِ المستأجِرِ ؛ لأَنَّهُ ٱستأجَرهُ ليأتيَ بالعمرةِ عنهُ في أَشهرِ الحجِّ ، وقد فاتتْ ، فلا تقعُ عنهُ .

وعلىٰ قياسِ قولِ الشيخِ أَبي حامدٍ أَنّا إِذا قُلنا : إِنَّ التمتُّعَ أَفضلُ مِنَ الإِفرادِ . . أَنْ يردَّ مِنَ الأُجرةِ المسمّاةِ بقدرِ ما بينَ أجرةِ المتمتِّعِ والمفردِ .

فرعٌ : [استأجره ليفرد فقَرَنَ] :

وإِنِ ٱستأجرَ رجلاً ليحجَّ عنهُ مفرِداً ، فقرَنَ الأَجيرُ بينَ الحجِّ والعمرةِ عنهُ . . فقدْ قال الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في « المناسكِ الكبيرِ » : (كان الحجُّ والعمرةُ عنِ المحجوجِ عنهُ ، وقد زادَهُ خيراً ، وعلىٰ المستأجِرِ دمُ القِرانِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الأَجيرَ إِذا ٱستُؤجِرَ ليُفرِدَ الحجَّ ، فقرَنَ بينَ الحجِّ والعمرةِ ، فإِنْ كانَتِ الإجارةُ عنْ ميِّتٍ عليهِ فرضُ العمرةِ ، أَو عَنْ حيٍّ قد كانَ في كلامِهِ ما يدلُّ علىٰ الإِذنِ بالعمرةِ ، بأَنْ يقولَ : تحجُّ عنيَ وتعتمرُ بكذا ، فيقولَ الأَجيرُ : بلْ أَحجُّ عنكَ لا غيرَ هٰذا[1] ، ثمَّ عقدا الإجارةَ علىٰ إِفرادِ الحجِّ ، ثمَّ قرَنَ الأَجيرُ الحجَّ والعمرةَ عنهُ . . فإِنَّ الحجَّ والعمرةَ يقعانِ عنِ المحجوجِ عنهُ ؛ لأَنَّ الميِّتَ لا يمكنُ إِذنُهُ . وأَمّا الحيُّ : فقدْ وجدَ منهُ ما يدلُّ علىٰ الإِذنِ . وعلىٰ مَنْ يجبُ دمُ القِرانِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحَدُهُما ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : أَنَّهُ علىٰ الأَجيرِ ؛ لأَنَّ المحجوجَ عنهُ لَم يصرِّحْ بالرِّضا بوجوبهِ عليهِ .

والثاني : علىٰ المحجوجِ عنهُ ؛ لأَنَّ النُسُكينِ وقعا عنهُ .

وإِنْ كانتِ الإِجارةُ عَنْ ميِّتٍ لا عُمرةَ عليهِ ، أَو عَنْ حيٍّ لَم يكنْ في كلامِهِ ما يدلُّ علىٰ الإِذنِ بالعمرةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يقعُ النُسُكانِ عنِ المحجوجِ عنهُ ؛ لأَنَّ العمرةَ مِنْ جنسِ الحجِّ وتابعةٌ لَه ، فتضمَّنَ إِذنُهُ لهُ بالحجِّ إِذناً بالعمرةِ .

فعلىٰ هٰذا : علىٰ مَنْ يجبُ دمُ القِرانِ ؟ علىٰ الوجهينِ الأَوَّلينِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، **وهوَ المشهورُ** ـ : أَنَّ النُسُكينِ يقعانِ عَنِ الأَجيرِ ؛ لأَنَّهُ لَم يوجدْ مِنَ المحجوجِ عنهُ الإِذْنُ في العمرةِ ، فوقعتْ عَنِ الأَجيرِ ، وإِذا ٱنعقدتْ لَه العمرةُ . . ٱنعقدَ لَه الحجُّ ؛ لأَنَّهما نُسكٌ واحدٌ ، فلا يتبعَّضُ .

وإِنِ ٱستأجَرهُ للإِفرادِ ، فتمتَّعَ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ أَتىٰ بالعمرةِ مِنَ الميقاتِ ، وبالحجِّ مِنْ مكَّةَ . . فقدْ أَتىٰ بالعمرةِ عنِ المستأجِرِ بغيرِ إِذنهِ .

فإِنْ كانَ المحجوجُ عنهُ ميْتاً عليهِ فرضُ العمرةِ ، أَو حيّاً وكانَ في كلامهِ ما يدلُّ علىٰ الإِذنِ بالعمرةِ . . وقعتِ العمرةُ والحجُّ عنِ المحجوجِ عنهُ ، ودمُ التمتُّعِ علىٰ الأَجيرِ ؛ لأَنَّ المحجوجَ عنهُ لَم يأذنْ بها ، ولا شيءَ للأَجيرِ للعمرةِ ؛ لأَنَّهُ تطوَّعَ بها ، وعلىٰ

---

(١) في (م) : (هكذا) .

الأَجيرِ دمٌ لتركِ الإِحرامِ بالحجِّ مِنَ الميقاتِ ، وهلْ يردُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ علىٰ الطريقينِ .

وإنْ كانَ المحجوجُ عنهُ ميْتاً لا عمرةَ عليهِ ، أَو حيّاً لَم يوجدْ منهُ إِذنٌ بالعمرةِ ولا ما يدلُّ عليهِ ، ولَم يَعُدِ الأَجيرُ للإِحرامِ بالحجِّ إِلىٰ الميقاتِ . . فإِنَّ العمرةَ تقعُ عنِ الأَجيرِ ، والحجَّ يقعُ عنِ المحجوجِ عنهُ ، ولا يجبُ علىٰ الأَجيرِ دمُ التمتُّعِ ؛ لأَنَّهما وقعا عنْ شخصينِ ، ولكنْ عليهِ دمٌ لتركِ الإِحرامِ بالحجِّ مِنَ الميقاتِ ، وهلْ يَردُّ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؟ علىٰ الطريقين .

فإِذا قُلنا : يجبُ عليهِ . . فهلْ تقسَّطُ علىٰ المسافةِ والعملِ ، أَو علىٰ العملِ دونَ المسافةِ ؟ علىٰ قولينِ ، مضىٰ ذكرُهما .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ ٱختلافِ المتكاريينِ

إِذا ٱختلفا في قَدْرِ الأُجرةِ أَو في قدرِ المنفعةِ. . تحالفا[١] ، كما قلنا في المتبايعينِ إِذا ٱختلفا في الثمنِ أَوِ المُثْمَنِ .

وإِنِ ٱختلفا في التعدِّي بالعينِ المستأجَرةِ. . فالقولُ قولُ المُكتري معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ التعدِّي .

وإِنِ ٱختلفا في رَدِّها. . فالقولُ قولُ المُكري معَ يمينهِ[٢] ، كما قُلنا في المعِير .

وإِنِ ٱختلفَ الأَجيرُ المشتركُ والمستأجِرُ في ردِّ العينِ الَّتي ٱستُؤجِرَ علىٰ العملِ فيها[٣] ، فإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضامنٌ. . فالقولُ قولُ المستأجِرِ معَ يمينهِ ، كالمعِيرِ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ليسَ بضامنٍ. . ففيهِ وجهانِ ، كالوكيلِ بجُعلٍ .

وإِنْ قالَ الأَجيرُ : هلكتِ العينُ بعدَ العملِ ، فليَ الأُجرةُ ، وقالَ المستأجِرُ : بلْ هلكتْ قبلَ العملِ ، فلا أجرةَ لكَ. . فالقولُ قولُ المستأجِرِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءةُ ذمَّتِهِ .

مسأَلَةٌ : [اختلاف المستأجر والخياط علىٰ الصنع] :

إِذا دفعَ إِلىٰ خيّاطٍ ثوباً ، فقطعَهُ قَباءً[٤] ، فقالَ ربُّ الثوبِ : أَمرتُكَ أَنْ تقطعَهُ قميصاً ، وقالَ الخيّاطُ : بلْ أَمرتني أَنْ أَقطعَهُ قَباءً. . فقدْ ذكرها الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في

---

(١) قال الشيرازي في « المهذب » (١/ ٤١٥) : ولم تكن بينة. . تحالفا ؛ لأنه عقد معاوضة ، فأشبه البيع .

(٢) وفي « المهذب » : لأن المستأجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله في الردِّ .

(٣) في (م) : (عليها) .

(٤) القباء : ثوب معروف ، مفتوح من الأمام علىٰ طوله يتمنطق عليه ، يقال : أول من لبسه سليمان عليه السلام .

(ٱختلافِ العراقيّينَ) ، ونقلَها المزنيُّ ، فقالَ : فيها قولانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ الخيّاطِ ، وهوَ قولُ ٱبنِ أَبي ليلىٰ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ ربِّ الثوبِ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ .

قالَ الشافعيُّ : (**وهٰذا أَشبهُ** ، وكلاهُما مدخولٌ ؛ لأَنَّ الخيّاطَ يدَّعي الأُجرةَ ، وينفي الغُرمَ ، وربَّ الثوبِ يدَّعي الغُرمَ ، وينفي الأُجرةَ . ولا أَقبلُ قولَهما ، وأَردُّهما إِلىٰ أَصلِ السُّنَّةِ ، فيتحالفانِ) .

وقالَ في « الإملاءِ » : (إِذا دفعَ إِلىٰ صبّاغٍ ثوباً ، فصبغَهُ أَسودَ ، فقالَ ربُّ الثوبِ[1] : أَمرتُكَ أَنْ تصبغَهُ أَحمرَ ، فقالَ الصبّاغُ : بلْ أَمرتني أَنْ أَصبغَهُ أَسودَ . . أَنّهما يتحالفانِ ، وعلىٰ الصبّاغِ أَرشُ النقصِ) . وٱختلفَ أَصحابُنا في المسأَلةِ علىٰ ثلاثِ طرقٍ :

فـ [**الأَوّل**] : **قالَ أَكثرُهم** : هيَ علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : أَنَّ القولَ قولُ الخيّاطِ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ ربِّ الثوبِ .

و [**الطريقُ الثانيةُ**] : منهُم مَنْ قالَ : فيها ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : القولُ قولُ الخيّاطِ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ ربِّ الثوبِ .

والثالثُ : أَنّهما يتحالفانِ .

و [**الطريقُ الثالثةُ**] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **الأَشبهُ بالمذهبِ** : أَنّها علىٰ قولٍ واحدٍ ، وأَنّهما يتحالفانِ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ ذكرَ القولينِ في (ٱختلافِ العراقيّينَ) ، وطعنَ عليهما ، ولمّا ذكرَ التحالفَ . . لَم يطعنْ فيهِ .

فإِذا قُلنا : القولُ قولُ الخيّاطِ . . **فوجهُهُ** : أَنّهُ قد ملكَ القطعَ لاتّفاقِهما عليهِ ، فكانَ الظاهرُ أَنّهُ إِنّما فعلَ ما ملكَهُ ، فكيفَ يحلفُ ؟

---

(١) في نسخة : (المال) .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يحلفُ باللهِ : ما أَذِنتَ ليَ في قطعهِ قميصاً ، ولقد أَذِنتَ ليَ في قطعهِ قَباءً .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يحلفُ : أَنَّ ربَّ الثوبِ أَذِنَ له في قطعِهِ قَباءً .

فإذا حلَفَ . . لَم يلزمْهُ الغُرمُ ؛ لأَنَّهُ حقَّقَ بيمينهِ أَنَّهُ مأذونٌ لَهُ فيما فعلَهُ ، وهلْ يستحقُّ أُجرةً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يستحقُّ ؛ لأَنَّهُ يَسقطُ بيمينِهِ ما يُدَّعىٰ عليهِ مِنَ الغُرمِ ، فلا يجوزُ أَنْ يُثبِتَ بيمينِهِ حقّاً لَه .

والثاني : أَنَّهُ يستحقُّ ؛ لأَنّا حكمنا بيمينِهِ أَنَّهُ مأذونٌ له بالقطعِ ، فٱستحقَّ الأُجرةَ .

فإذا قُلنا بهٰذا : فأَيُّ أُجرةٍ يستحقُّ ؟

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : الأُجرةُ الَّتي ٱدَّعاها أَنَّها مسمّاةٌ في العقدِ ؛ لأَنّا قَبِلنا قولَهُ : إِنَّ ربَّ الثوبِ أَذِنَ لَه ، فوجبَ لَه ما ٱقتضاهُ الإِذنُ .

والثاني : لا يستحقُّ المسمّىٰ ، وإِنَّما يستحقُّ أجرةَ المثلِ ؛ لأَنّا لَو قَبِلنا قولَه . . لَم يؤمَنْ أَنْ يدَّعيَ أَلفاً ، وأُجرةُ مثلِهِ درهمٌ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والمحامليُّ ، وٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّهُ يستحقُّ المسمّىٰ ، وجهاً واحداً .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ما رأَيتُ أَحداً مِنْ أَصحابِنا يقولُ : يستحقُّ المسمّىٰ ، وإِنْ كانَ القياسُ يقتضي ذٰلكَ .

قلتُ : **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ الشيخَ أَبا حامدٍ ، ومَنْ قالَ : يستحقُّ أُجرةَ المِثلِ ولا يستحقُّ المُسمّىٰ ، أَرادوا : إِذا كانَ ما يدَّعيهِ مِنَ المسمّىٰ أَكثرَ مِنْ أُجرةِ المِثلِ ، فأَمّا إِذا كانَ الَّذي يدَّعيهِ مِنَ المسمَّىٰ أَقلَّ مِنْ أُجرةِ المِثلِ . . ٱستحقَّ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً إِذا قُلنا : إِنَّهُ يستحقُّ الأُجرةَ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يوجبَ له أَكثرَ ممّا يدَّعيهِ .

وإِذا قُلنا : إِنَّ القولَ قولُ ربِّ الثوبِ ـ قالَ في « التعليقِ » : **وهوَ الأَصحُّ ـ فوجهُهُ** :

قولُه ﷺ : « ٱلْبَيِّنَةُ عَلَىٰ مَنِ ٱدَّعَىٰ ، وَٱلْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ » . والخيّاطُ يدَّعي علىٰ ربِّ الثوبِ الإذنَ ، ولأنَّهما لوِ ٱختلفا في أَصلِ الإذنِ . . لكانَ القولُ قولَ ربِّ الثوبِ ، فكذٰلكَ إِذا ٱختلفا في صفتِهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي : أَنَّهُ يكفيهِ أَنْ يحلفَ أَنَّهُ ما أَذِنَ لَه في قطْعِه قَباءً ، ولا يحتاجُ إِلىٰ إِثباتِ إِذنهِ في قطعِ القميصِ ، فإِذا حلَفَ . . وجبَ الغرمُ علىٰ الخيّاطِ ؛ لأَنَّهُ أَثبتَ بيمينِهِ أَنَّ الخيّاطَ غيرُ مأذونٍ لَه في قطْعِهِ ، والقطعُ بغيرِ إِذنٍ يوجبُ الغرمَ ، وفي قَدْرِ الغرمِ قولانِ :

أَحدُهما : يجبُ ما بينَ قيمةِ الثوبِ صحيحاً ومقطوعاً قَباءً ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بقطْعهِ قَباءً ، فلزمهُ أَرشُ القطعِ .

والثاني : يلزمُهُ ما بينَ قيمتِهِ مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قَباءً ؛ لأَنَّ قَطعَ القميصِ مأذونٌ فيهِ . وهلْ يجبُ[1] للأَجيرِ أُجرةٌ ؟ فيهِ وجهانِ :

[الأَوَّلُ] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : يجبُ لَه أُجرةُ قَطعِ ما تحصَّلَ مِنْ قَطعِ القَباءِ للقميصِ ؛ لأَنَّهُ مأذونٌ فيهِ .

و **[الثاني] ـ المنصوصُ ـ** : (أَنَّهُ لا شيءَ لَه) ؛ لأَنَّهُ لَم يقطعْهُ للقميصِ ، فهوَ متعدٍّ في ٱبتداءِ القَطعِ .

وإِذا قُلنا : إِنَّهما يتحالفانِ ـ وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ ـ **فوجهُهُ** : أَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما مدَّعٍ ومدَّعىً عليهِ ؛ لأَنَّ الخيّاطَ يدَّعي الأُجرةَ ، وربَّ الثوبِ يُنكرُها . وربَّ الثوبِ يدَّعي الأَرشَ ، والخيّاطَ يُنكرُهُ ، فتحالفا ، كالمتبايعينِ إِذا ٱختلفا في قَدْرِ الثمنِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا حَلفَ أَحدُهما ونَكلَ الآخرُ . . كانَ الحكمُ فيهِ كما لَو قُلنا : إِنَّ القولَ قولُ الحالفِ ، وحلَفَ . وإِنْ حلفا . . لَم يستحقَّ الخيّاطُ الأُجرةَ ؛ لأَنَّ التحالفَ يوجبُ رفعَ العقدِ ، والخياطةُ مِنْ غيرِ عقدٍ لا يُستحقُّ لها أُجرةٌ .

---

(١) في نسخة : (يحل) .

وهلْ يجبُ علىٰ الخيّاطِ أَرشُ القطعِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ عليهِ شيءٌ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما قدْ نفىٰ بيمينِهِ ما ٱدُّعيَ عليهِ بهِ .

والثاني : يجبُ عليهِ ؛ لأَنَّ التحالفَ يوجبُ رفعَ العقدِ . والقطعَ مِنْ غيرِ عقدٍ يوجبُ الضمانَ .

فعلىٰ هٰذا : في قدرِ الأَرشِ القولانِ الأَوَّلانِ .

فكلُّ موضعٍ أَوجبنا للخيّاطِ الأُجرةَ . . فإِنَّ الخيّاطَ لا يرجعُ في الخيوطِ ؛ لأَنَّها إِنْ كانتْ مِنَ الثوبِ . . فهيَ لصاحبِ الثوبِ ، وإِنْ كانتْ للخيّاطِ . . فهي تابعةٌ للخياطةِ الَّتي أَخذَ عليها الأُجرةَ .

وكلُّ موضعٍ قُلنا : لا أُجرةَ لَه ، فإِنْ كانَ الثوبُ مخيطاً بخيوطٍ مِنْ ربِّ الثوبِ أَو مِنَ الثوبِ . . فإِنَّ ربَّ الثوبِ يأَخذُ ثوبَهُ مخيطاً ، وليسَ للخيّاطِ فتقُ الخياطةِ ؛ لأَنَّهُ قدْ عملَ في مِلكِ غيرِهِ عملاً لا عينَ لَه فيهِ ، فلَم يكنْ لَه إِزالتُهُ ، كما لَو نَقلَ مِلكَ غيرِهِ مِنْ زاويةٍ إِلىٰ زاويةٍ . . فليسَ لَه ردُّهُ إِلاَّ برضا المالِكِ . وإِنْ كانتِ الخيوطُ مِنَ الخيّاطِ . . فلَهُ أَنْ يأخذَ خيوطَهُ ؛ لأَنَّها عينُ مالِهِ . فإِنْ بذلَ لَه ربُّ الثوبِ قيمةَ الخيوطِ . . لَم يُجبرِ الخيّاطُ علىٰ قَبولِها ؛ لأَنَّها عينُ مالِ الخيّاطِ لا يتلَفُ بردِّها ما لَهُ حرمةٌ ، فلَم يلزمْهُ أَخذُ عوضِها . فإِنْ قالَ ربُّ الثوبِ : أَنا أَشدُّ بطرفِ خيطكَ خيطاً ، فإِذا جررتَ خيطكَ دخلَ هٰذا الخيطُ مكانَ خيطكَ . . لَم يلزمِ الخيّاطَ تمكينُهُ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ ٱنتفاعٌ بملكِهِ ، ولأَنَّهُ يتأَخَّرُ بذٰلكَ وصولُه إِلىٰ خيطِهِ إِلىٰ أَنْ يَثبتَ الخيطُ الآخرُ مكانَها ، فلَمْ يُجبرْ علىٰ ذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [الأجير يحبس العين ليستوفي الأجرة] :

إِذا ٱستأجرَ رجلاً ليعملَ لَه عملاً في عينٍ ، مثلَ : خياطةٍ ، أَو صياغةٍ[1] ، فعملَ الأَجيرُ ذٰلكَ . . فهلْ لَه أَنْ يحبسَ العينَ إِلىٰ أَنْ يستوفيَ الأُجرةَ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (صناعة) .

أَحدُهما : لا يجوزُ لَه ؛ لأَنَّ العينَ غيرُ مرهونةٍ عندَهُ بالأُجرةِ ، ولأَنَّهُ لوِ ٱستأجرَهُ علىٰ حملِ متاعٍ فحملَهُ . . لَم يكنْ لَه حبسُ المتاعِ إِلىٰ أَنْ يستوفيَ الأُجرةَ ، فكذا هٰذا مثلُهُ .

والثاني : لَه أَنْ يحبسَ العينَ ؛ لأَنَّ العملَ في العينِ ملكُهُ ، فجازَ لَه حبسُهُ ، كالعينِ المبيعةِ ، بخلافِ الحَملِ ، فإِنَّهُ لا يمكنُ حبسُهُ .

فرعٌ : [استحقاق أجرة المثل] :

إِذا دفعَ إِلىٰ رجلٍ ثوباً ليخيطَهُ لَه ، أَو متاعاً ليحملَهُ لَه إِلىٰ مكانٍ ، فإِنْ سمّىٰ لَه أُجرةً صحيحةً . . ٱستحقَّ المسمّىٰ ولا كلامَ ، وإِنْ سمّىٰ لَه أُجرةً فاسدةً ، أَو عرَّضَ لَه بالأُجرةِ ، بأَنْ قالَ : ٱعملْ وأَنا أُحاسبُكَ علىٰ أُجرتكَ ، أَو أُرضيكَ ، أَوْ لا ترىٰ منّيَ إِلاّ ما يسرُّكَ . . ٱستحقَّ أُجرةَ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ قدْ عرَّضَ لَه بالأُجرةِ وهيَ مجهولةٌ ، فٱستحقَّ أُجرةَ المِثلِ ، كما لَو سمّىٰ لَه عِوضاً فاسداً .

وإِنْ دفعَها إِليهِ فعَمِلَها الأَجيرُ . . فهلْ يستحقُّ أُجرةَ المِثلِ ؟ فيهِ أَربعةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّهُ يستحقُّ أُجرةَ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَتلفَ عليهِ منافعَها ، فٱستحقَّ عليهِ بدلَها ، فهو كما لَو أَكرهَهُ علىٰ العملِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ[1] ـ : إِنِ ٱستدعىٰ الصانعُ لأَنْ يعملَ ، بأَنْ قالَ : أَعطني ثوبكَ لأَخيطَهُ . . لَم يستحقَّ أُجرةً ؛ لأَنَّهُ ٱختارَ إِتلافَ منفعةِ نفسِهِ بغيرِ عِوَضٍ . وإِنِ ٱستدعاهُ ربُّ الثوبِ إِلىٰ العملِ ، بأَنْ قالَ : خِطْ ليَ هٰذا الثوبَ . . لزمَه[2] أُجرةُ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ أَدّىٰ ما عليهِ[3] منفعتَهُ ، فٱستحقَّ عليهِ بدلَها .

والثالثُ : إِنْ كانَ الصانعُ معروفاً بأَخذِ الأُجرةِ علىٰ العملِ . . ٱستحقَّ الأُجرةَ ؛ لأَنَّ

---

(١) عبارة الشيرازي في « المهذب » (١/ ٤١٦) : الثاني : أنه إن قال له : خطه . . لزمه ، وإن بدأ الرجل ، فقال : أعطني لأخيطه . . لم تلزمه .

(٢) في نسخة : (فله) .

(٣) في (م) : (أتلف عليه) .

العُرفَ في حقِّهِ كالشرطِ ، وإِنْ كانَ غيرَ معروفٍ بذٰلكَ . . فلا أُجرةَ لَه .

والرابعُ ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّهُ لا يستحقُّ أُجرةً) ؛ لأَنَّ المنافعَ ليستْ بأَولىٰ مِنَ الأَعيانِ ، وقدْ ثبتَ أَنَّهُ لَو قدَّمَ إِلىٰ رجلٍ طعاماً ، وقالَ : كُلْهُ . . لَم يستحقَّ عليهِ عِوضَهُ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

بابُ الجُعالة[1]

يجوزُ عقدُ الجُعالة في ردِّ الآبقِ وخياطةِ الثوبِ ، وكلِّ عملٍ يجوزُ عقدُ الإجارةِ عليهِ ، فيقولُ : مَنْ ردَّ عبديَ الآبقَ ، أو خاطَ لي هٰذا القميصَ ، أو خاطَ لي قميصاً . فلَهُ دينارٌ ؛ لقولِه تعالىٰ : ﴿ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] .

فذكرَ اللهُ الجُعالةَ في شرعِ مَنْ قبلَنا ولَم ينكرْها ، فدَّلَ علىٰ جوازِها ، ولأنَّ بالناسِ حاجةً إلىٰ الجُعالةِ ؛ لأنَّهُ قدْ يأبقُ لَه عبدٌ لا يَعلَمُ مكانَهُ ، ولا يقدِرُ علىٰ ردِّهِ بنفسِهِ ، ولا يجدُ مَنْ يتطوَّعُ بالمضيِّ لردِّهِ ، ولا تصحُّ الإجارةُ علىٰ ردِّهِ ؛ للجهالةِ بمكانهِ ، فجوَّزَ عقدُ الجُعالةِ لذٰلكَ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فيصحُّ أَنْ يكونَ العاملُ في الجُعالةِ غيرَ معلومٍ ، والعملُ غيرَ معلومٍ ؛ للآيةِ .

والفرقُ بينَ الجُعالةِ والإجارةِ : أَنَّ الإجارةَ عقدٌ لازمٌ ، فوجبُ تقديرُ العملِ فيها والعاملِ ، والجُعالةَ عقدٌ جائزٌ ، فجازَ أَنْ يكونَ العملُ فيها غيرَ معلومٍ ، كالعاريَّةِ .

---

(١) **الجُعالة** ـ مثلثة الجيم وكذا الجعيلة ـ لغة : الأجر ، واسم لما يجعل للإنسان علىٰ فعل شيء ، وشرعاً : التزام من مطلق التصرف عوضاً معلوماً علىٰ عمل معين معلوم أو مجهول عسر عمله ، كردِّ ضالٍّ ونحوه .
وأركانها أربعة : عمل ، وجعل ، وصيغة ، وعاقد .

والأصل فيها قبل الإجماع : خبر الذي رقاه الصحابي بالفاتحة علىٰ قطيع من الغنم ، كما رواه عن أبي سعيد البخاري (٥٠٠٧) في فضائل القرآن ، ومسلم (٢٢٠١) في السلام . وعيَّن الراقي بأنه أبو سعيد الخدري الحاكم في « المستدرك » (١/ ٥٥٩) . **والقطيع** : ثلاثون رأساً من الغنم ، وفيه : (فقلت : أنا راق ، قال : فأرْقِ صاحبَنا) .

ولفظ البخاري : « وما كان يدريه أنها رقية ، اقسموا واضربوا لي بسهم » . وفي الباب :

عن علاقة بن صحار السليطي رواه ابن حبان في « الإحسان » (٦١١١) بلفظ : « خذها ، فلعَمْري لَمَنْ أكل برقيةِ باطلٍ ، فقد أكلتَه برقيةِ حقٍّ » . وإسناده حسن .

فإنْ قالَ : مَنْ ردَّ عبديَ مِنْ موضع كذا فلَهُ كذا . . صحَّ ؛ لأنَّهُ إذا صحَّ ذٰلك معَ جهالةِ العملِ . . فلأَنْ يصحَّ إذا كانَ العملُ معلوماً أَولىٰ .

فإنْ قالَ : مَنْ ردَّ عبديَ مِنَ البصرةِ في هٰذا الشهرِ فلَهُ كذا . . قالَ القاضي في « المجرَّدِ » : لَم يصحَّ ؛ لأنَّهُ يكثرُ بذٰلكَ الغررُ ، حيثُ قدَّرهُ بمدَّةٍ معلومةٍ .

مسأَلةٌ : [تعيين قدر الجعل] :

ولا تصحُّ الجُعالةُ حتّىٰ يكونَ عوضُ العملِ معلوماً ؛ لأنَّهُ عِوضٌ في عقدٍ ، فلَم يصحَّ معَ الجهالةِ بهِ ، كالمُسلَمِ فيهِ .

والفرقُ بينَ العملِ والعِوَضِ : أنَّ العملَ قدْ تدعو الحاجةُ إلىٰ أنْ يكونَ مجهولاً ؛ لِما ذكرناهُ ، ولا تدعو الحاجةُ إلىٰ أنْ يكونَ العِوضُ مجهولاً ، ولأنَّ العملَ لا يكونُ لازماً ، والعِوضَ يكونُ لازماً بعدَ العملِ .

فرعٌ : [فيمن قال : أَول من يحج عني فله كذا] :

فإنْ قالَ : أَوَّلُ مَنْ يحجُّ عنِّي فلَه مئةُ درهمٍ ، فحجَّ عنهُ رجلٌ . . قالَ الشافعيُّ في « المنثورِ » : (ٱستحقَّ المئةَ) .

وقالَ المزنيُّ : يستحقُّ أُجرةَ المِثلِ . وليسَ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ جُعالةٌ ، والجُعالةُ تصحُّ لعاملٍ غيرِ معيَّنٍ .

فرعٌ : [تفاوت الجعل في اختلاف المدة] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإنْ قالَ لرجلٍ : إنْ خطْتَ لي هٰذا الثوبَ اليومَ فلكَ دينارٌ ، وإنْ خِطْتَهُ غداً فلكَ نصفُ دينارٍ . . فهوَ عقدٌ فاسدٌ ، فإذا خاطَهُ . . ٱستحقَّ أُجرةَ المِثلِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وزفرُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (الشرطُ الأَوَّلُ جائزٌ ، والثاني فاسدٌ ، فإنْ خاطَهُ في اليومِ الأَوَّلِ . . فلَهُ دينارٌ ، وإنْ خاطَهُ بعدَهُ . . فلَهُ أُجرةُ مثلِهِ) .

وقالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : الشرطانِ جائِزانِ .

دليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ واحدٌ ، فإِذا ٱختلفَ فيهِ العِوَضُ بالتقديمِ والتأخيرِ . . كانَ فاسداً ، كما لَو قالَ : أَجَّرتُكَ هٰذا بدرهمٍ نسيئةً ، أَو بنصفِ درهمٍ نقداً .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فكلُّ موضعٍ شرطَ فيهِ جُعْلاً فاسداً ، فعملَ الأَجيرُ . . ٱستحقَّ أُجرةَ مِثلهِ ، كما قُلنا في الإِجارةِ .

مسأَلةٌ : [العوض يلزم بشرط رب المال] :

ولا يستحقُّ العاملُ العِوضَ إِلاَّ إِذا عملَ بإِذنِ صاحبِ[1] المالِ ، وشرطَ العوضَ لَه ، فأَمّا إِذا ردَّ لرجلٍ عبداً آبقاً ، أَو ردَّ لَه بهيمةً ضالَّةً بغيرِ إِذنِه . . فإِنَّهُ لا يستحقُّ عليهِ عِوضاً ، سواءٌ ردَّهُ مِنْ موضعٍ قريبٍ أَو بعيدٍ ، وسواءٌ كانَ معروفاً بردِّ الضوالِّ أَو لَم يكنْ معروفاً بذٰلكَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ ردَّ لَه بهيمةً ضالَّةً بغيرِ إِذنِهِ . . لَم يستحقَّ عليهِ العِوضَ ـ كقولنا ـ وإِنْ ردَّ لَه عبداً آبقاً بغيرِ إِذنهِ . . فالقياسُ : أَنَّهُ لا يستحقُّ عليهِ جُعْلاً ، ولٰكنْ يُعطىٰ عليهِ جُعْلاً ٱستحساناً ، فإِنْ ردَّهُ مِنْ مسيرةِ ثلاثةِ أَيّامٍ فما زادَ ، وكانتْ قيمةُ العبدِ أَربعينَ درهماً فأَكثرَ . . ٱستحقَّ عليهِ أَربعينَ درهماً ، وإِنْ ردَّهُ مِنْ مسيرةٍ دونَ ثلاثةِ أَيّامٍ . . ٱستحقَّ عليهِ أُجرةَ مِثلِ عملِهِ ، وإِنْ ردَّهُ مِنْ مسيرةِ ثلاثةِ أَيّامٍ ، وقيمةُ العبدِ أَربعونَ درهماً . . ٱستحقَّ أَربعينَ درهماً إِلاَّ درهماً ، وإِنْ كانتْ قيمتُهُ عشرةً . . ٱستحقَّ عشرةَ دراهمَ إِلاَّ درهماً) .

وقالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : يُعطىٰ أَربعينَ درهماً بكلِّ حالٍ حتّىٰ لو كانتْ قيمتُهُ عشرةَ دراهمَ .

وقالَ مالكٌ : (إِنْ كانَ الرادُّ معروفاً بردِّ الضوالِّ والأُبَّاقِ[2] . . ٱستحقَّ أُجرةَ مِثلِهِ ،

---

(١) في (م) : (ربّ) .
(٢) **الأُبَّاق** : جمع آبق ، ككفّار جمع كافر .

وإِنْ كانَ غيرَ معروفٍ بذٰلكَ . . فلا شيءَ لَهُ)[١] .

دليلُنا : أَنَّهُ ردَّ لغيرِهِ ما لَم يَشرِطْ لَه عليهِ عِوضاً ، فلَم يستحقَّ عليهِ عِوضاً ، كما لو ردَّ بهيمةً معَ[٢] أَبي حنيفةَ ، وكما لو كانَ غيرَ معروفٍ بردِّ الضوالِّ معَ مالكٍ .

فرعٌ : [الردُّ لا يستوجب العوض] :

وإِنْ ردَّ عبدَهُ بإِذنهِ ، ولَم يَشرِطْ لَه عِوضاً . . فهلْ يستحقُّ عليهِ أُجرةَ المِثلِ ؟ علىٰ الأَوجهِ الأَربعةِ المذكورةِ في الإِجارةِ ، **الصحيحُ** : أَنَّهُ لا يستحقُّ عليهِ .

وإِنْ قالَ : مَنْ ردَّ عبديَ فلَه دينارٌ ، فردَّهُ مَنْ لَم يسمعْ قولَهُ ولا بَلغهُ . . لَم يستحقَّ عليهِ شيئاً ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ .

وإِنْ قالَ رجلٌ : مَنْ ردَّ عبدَ فلانٍ فلَه دينارٌ ، فردَّهُ رجلٌ . . ٱستُحِقَّ الدينارُ علىٰ الَّذي قالَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ ٱلتزمَ العِوضَ فلزمَهُ بالعملِ . وإِنْ نادىٰ ، فقالَ : قالَ فلانٌ : مَنْ ردَّ عبديَ فلَه دينارٌ ، فردَّهُ رجلٌ . . لَم يلزمِ المناديَ شيءٌ ؛ لأَنَّهُ حكىٰ قولَ غيرِهِ ، ولَم يلتزمْ ضمانَهُ . فإِنْ أَنكرَ مالكُ العبدِ أَنَّهُ قالَ ذٰلكَ . . **فالَّذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ المناديَ إِذا كانَ عدلاً وشَهِدَ عليهِ بذٰلكَ . . حلفَ مَنْ ردَّ العبدَ معَهُ إِذا صدَّقهُ ، وٱستحقَّ علىٰ مالكِ العبدِ الدينارُ ، وإِنْ لَم يكنْ عدلاً أَو لَم يُشهِدْ عليهِ . . لَم يلزمِ المناديَ شيءٌ ؛ لأَنَّهُ يقولُ : أَنا صادقٌ ، ومالكُ العبدِ كاذبٌ ، فلا يلزمُني الغرمُ بكَذِبهِ ، ولأَنَّهُ لاَ يلتزمُ ضمانَهُ ، فلا يلزمُهُ بالحكايةِ .

مسأَلةٌ : [يستحق الجعل بتمام العمل] :

فإِنْ قالَ : إِنْ جئتني بعبدي فلكَ دينارٌ ، فردَّهُ حتّىٰ صارَ علىٰ بابِ البلدِ ، فهربَ العبدُ أَو ماتَ . . لَم يستحقَّ العاملُ شيئاً ؛ لأَنَّ المقصودَ ردُّهُ ، ولَم يوجدْ ذٰلكَ .

---

(١) وهٰذا ملحق بالإجارة ، أما إذا كان جعلاً : فمتىٰ استُكملت شرائطُهُ . . فقدر الجعل يستحقه العامل قلَّ أَو كثر .

(٢) المراد : علىٰ قول في الموضعين .

والفرقُ بينَهُ وبينَ الأَجيرِ في الحجِّ ـ إذا عملَ بعضَ العملِ فماتَ . . أَنَّهُ يستحقُّ بقسطِ ما عَملَ في أَحدِ القولينِ ـ : أَنَّ المقصودَ بالحدِّ تحصيلُ الثوابِ ، وقدْ حصلَ للمحجوجِ عنهُ الثوابُ ببعضِ العملِ ، والمقصودَ هاهُنا الردُّ ، ولَم يوجدْ ، ولأَنَّ الإِجارةَ عقدٌ لازمٌ . . فلزمتِ الأُجرةُ بنفسِ العقدِ ، وهاهُنا الجُعالةَ عقدٌ جائزٌ . . فلَم تلزمْ إِلاَّ بالعملِ .

فرعٌ : [ما يستحق لبعض العمل] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإِنْ قالَ رجلٌ لآخرَ : إِنْ علَّمتَ ٱبنيَ القرآنَ فلكَ كذا وكذا ، فعلَّمهُ القرآنَ أَو بعضَهُ ، وماتَ الصبيُّ . . ٱستحقَّ الأَجيرُ بقَدْرِ ما علَّمهُ ؛ لأَنَّ العملَ وقعَ مسلَّماً ؛ لأَنَّ الصبيَّ لا تثبتُ يدُ المعلِّمِ عليهِ .

ولَو قالَ : إِنْ خِطْتَ لي هٰذا الثوبَ فلكَ درهمٌ ، فخاطَ نصفَهُ ، وتلِفَ الثوبُ في يدِ الخيَّاطِ . . لَم يستحقَّ شيئاً ؛ لأَنَّ ربَّ الثوبِ لَم يتسلَّمِ العملَ .

وإِنْ قالَ رجلٌ : مَنْ ردَّ عبديَ مِنْ موضعِ كذا . . فلَه دينارٌ ، فردَّهُ رجلٌ مِنْ نصفِ تلكَ المسافةِ . . ٱستحقَّ نصفَ الدينارِ ؛ لأَنَّهُ عملَ نصفَ العملِ ، وإِنْ ردَّهُ مِنْ أَبعدَ مِنَ الموضعِ المذكورِ . . لَم يستحقَّ أَكثرَ مِنَ الجُعْلِ المسمّىٰ ؛ لأَنَّهُ تطوَّعَ بما زادَ عليها .

وإِنْ أَبقَ لَهُ عبدانِ ، فقالَ : مَنْ ردَّهُما فلَه دينارٌ ، فردَّ رجلٌ أَحدَهما . . ٱستحقَّ نصفَ الدينارِ ؛ لأَنَّهُ عملَ نصفَ العملِ . وإِنْ قالَ : مَنْ ردَّ عبديَ فلَهُ دينارٌ ، فردَّهُ جماعةٌ . . ٱشتركوا في الدينارِ ؛ لاشتراكِهم في الردِّ .

وإِنْ قالَ لرجلٍ : إِنْ رددتَ عبديَ فلكَ دينارٌ ، وقالَ لآخرَ : إِنْ رددتَهُ فلكَ دينارانِ ، وقالَ لآخرَ : إِنْ رددتَهُ فلكَ ثلاثةٌ ، فردّوهُ جميعاً . . ٱستحقَّ كلُّ واحدٍ منهُم ثلثَ ما شرطَهُ لَه ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُم عملَ ثلثَ العملِ . وإِنْ شرطَ لواحدٍ منهُم جُعالَةً فاسدةً ، ولآخرَينِ جُعالةً صحيحةً . . ٱستحقَّ مَنْ شرطَ لَه جُعالةً صحيحةً ثلثَ ما سمّىٰ لَه ، ويستحقُّ مَنْ شرطَ لَه جُعالةً فاسدةً ثلثَ أُجرةِ مِثلِهِ ٱعتباراً بالانفرادِ .

فرعٌ : [معاون المجعول له لا يستحق عوضاً] :

وإنْ قالَ لرجلٍ : إنْ رددتَ عبدي فلكَ دينارٌ ، فردَّهُ معَهُ رجلانِ آخرانِ ، فإنْ قالا : عاونّاهُ في الردِّ . . ٱستحقَّ المَجعُولُ لَهُ الدينارَ ، ولَم يستحقّا شيئاً ؛ لأَنَّهما عملاَ لَه بغيرِ عِوضٍ .

وإنْ قالا : شاركناهُ في العملِ لنشاركَهُ في الجُعْلِ . . ٱستحقَّ المَجعُولُ لَه ثلثَ الدينارِ ؛ لأَنَّهُ عملَ ثلثَ العملِ ، ولا شيءَ للآخرَينِ ؛ لأَنَّ مالكَ العبدِ لَم يشرطْ لهُما شيئاً ، وإنَّما شرطَ للثالث .

مسأَلةٌ : [فسخ الجعالة] :

الجُعالةُ عقدٌ غيرُ لازمٍ ؛ لأَنَّها عقدٌ علىٰ عملٍ مجهولٍ بعِوضٍ ، فكانتْ غيرَ لازمةٍ ، كالقِراضِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فيجوزُ لكلِّ واحدٍ منهُما فسخُها ، فإنْ فسخَها العاملُ قبلَ العملِ أَو قبلَ تمامهِ . . لَم يستحقَّ شيئاً ، وإنْ فسخَها ربُّ المالِ ، فإنْ كانَ قبلَ أَنْ يبتدىءَ العاملُ شيئاً مِنَ العملِ . . لَم يستحقَّ العاملُ شيئاً مِنَ الأُجرةِ ؛ لأَنَّهُ إنَّما عملَ بقولِ ربِّ المالِ ، وقدْ رفعَ ذٰلكَ ، وإنْ فَسخَ بعدَ تمامِ العملِ . . لَم يسقطْ عنهُ ما بذلَهُ مِنَ الجُعْلِ ؛ لأَنَّهُ قدِ ٱستقرَّ بالعملِ ، وإنْ كانَ بعدَ أَنْ عملَ العاملُ شيئاً مِنَ العملِ . . ٱستحقَّ العاملُ أُجرةَ ما قدْ عملَهُ ؛ لأَنَّهُ ليسَ لَهُ إِسقاطُ عملِهِ بغيرِ عِوضٍ .

فرعٌ : [تعداد الجعل] :

إذا قالَ : مَنْ ردَّ عبديَ فلَهُ عشرةُ دراهمَ ، ثمَّ قالَ : مَنْ ردَّهُ فلَهُ درهمٌ ، أَو قالَ : مَنْ ردَّهُ فلَهُ درهمٌ ، ثمَّ قالَ : مَنْ ردَّهُ فلَهُ عشرةٌ . . كانَ الاعتبارُ بالبذلِ الأَخيرِ(١) ؛ لأَنَّهُ عقدٌ غيرُ لازمٍ ، فجازَ النقصانُ والزيادةُ في عِوضهِ ، كالرِّبحِ في القِراضِ .

---

(١) قال النواوي في « روضة الطالبين » (٤/ ٣٤١) : فالاعتبار بالنداء الأخير ، والمذكور فيه هو الذي يستحقّه الرادّ ، لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير . . قال الغزالي : يحتمل أن يقال : يرجع إلىٰ أجرة المثل .

مسأَلةٌ : [اختلفا في العوض وقدره] :

وإِنْ قالَ العاملُ : شرطتَ ليَ العوضَ في ردِّ عبدِكَ ، وقالَ مالكُ العبدِ : لَم أَشرطْ لكَ ، أَو قالَ العاملُ : شرطتَ ليَ العِوَضَ في ردِّ هٰذا العبدِ ، فقالَ : بلْ شرطتُ لكَ في ردِّ غيرِهِ ، ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ ربِّ المالِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءةُ ذمَّتِهِ .

وإِنِ ٱختلفا في قَدْرِ العِوضِ المشروطِ . . تحالفا ، ووجبَ للعاملِ أُجرةُ المِثلِ[1] ، كما قُلنا في المتبايعينِ إِذا ٱختلفا في ثمنِ السلعةِ بعدَ هلاكِها .

وإِنْ قالَ : أَنا رَدَدْتُ عبدَكَ الآبقَ ، وقالَ العبدُ : بلْ جئتُ بنفسي ، وصدَّقهُ المولىٰ . . فالقولُ قولُ المولىٰ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ ردِّهِ[2] .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

---

(١) وهٰذا يحصل بعد الشروع في العمل علىٰ قول أو الفراغ منه .

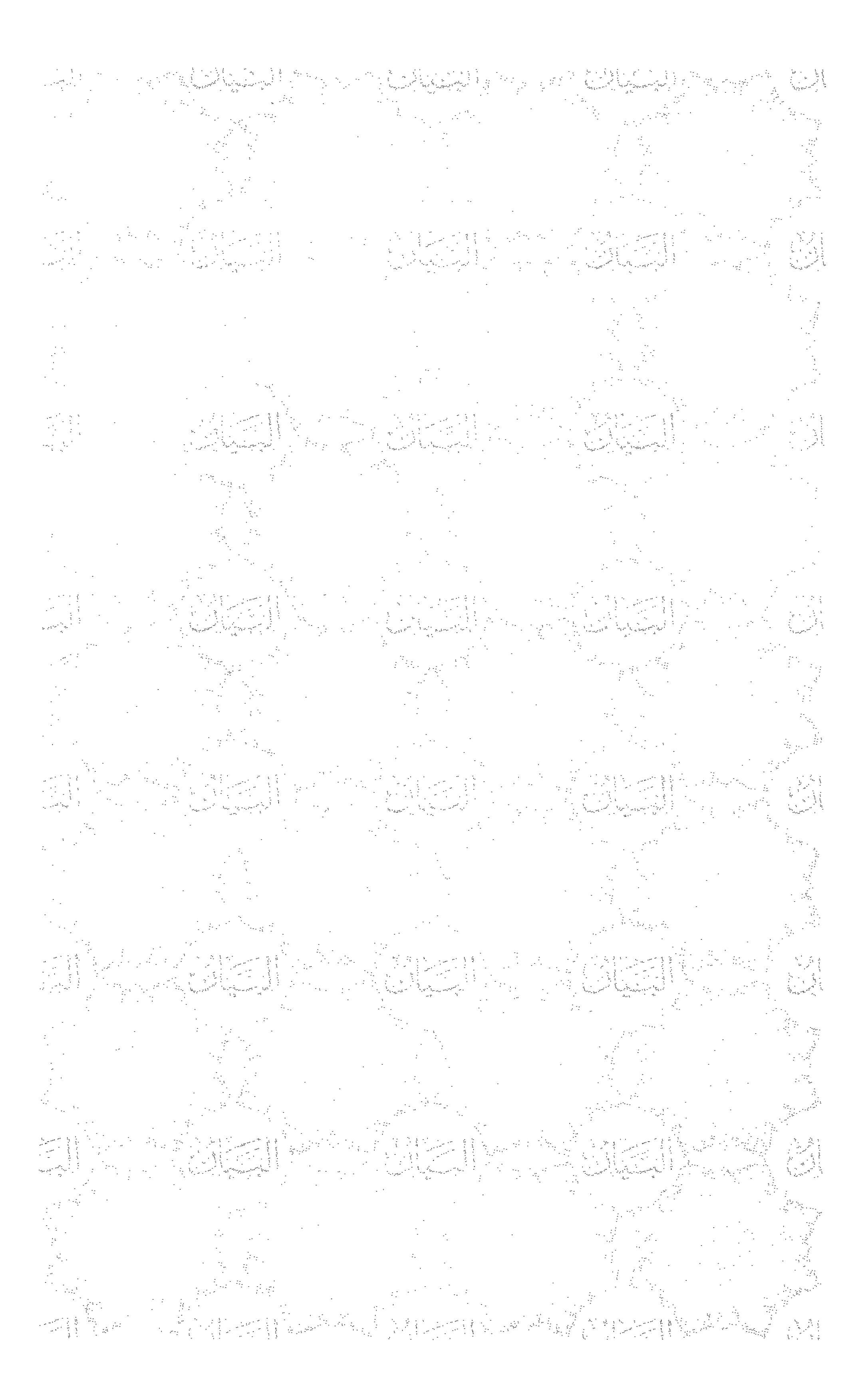
(٢) قال في « روضة الطالبين » (٤/ ٣٤٣) : وممَّا يتعلق بالباب ، وتدعو إليه الحاجة :

ما ذكره القاضي حسين وغيره ، وهو ممَّا لا خلاف فيه : أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها ، فمرض أحدهما ، وعجز عن السير . . لزم الآخر المُقام معه إلا أن يخاف علىٰ نفسه فله تركه ، وإذا أقام . . فلا أجرة له ، وإذا مات . . أخذ ماله ، وأوصله إلىٰ ورثته ، ولا يكون مضموناً .





كتاب السبق والرمي



كتاب السبق والرمي (١)

الأَصلُ في جوازِ المسابقةِ : الكتابُ ، والسُّنَّةُ ، والإجماعُ .

أمَّا الكتابُ : فقولُه تعالىٰ : ﴿ قَالُواْ يَٰٓأَبَانَآ إِنَّا ذَهَبۡنَا نَسۡتَبِقُ ﴾ [يوسف : ١٧] . فذكرَ اللهُ

---

(١) السبق - بالسكون -: مصدر سبق ، أي : تقدّم ، وبالتحريك : المال الموضوع بين أهل السباق . قال في « الزاهر » (ص/ ٥٣٦) : النضال في الرمي ، والرهان في الخيل ، والسباق يكون في الخيل وفي الرمي . حكىٰ ثعلبُ عن ابن الأعرابي قال : السبَق والخطَر والندَب والقرَع والوجَب كله : الذي يوضع في النضال والرهان ، فمن سبق . . أخذه . قال عروة بن الورد في « الديوان » (ص/ ٧٣) :

أيهلك معْتمٌ وزيدٌ ولم أُقِمْ على نَدَبٍ يوماً ولي نفس مُخطرِ

و الرمي - قال ابن فارس : أصل واحد وهو نبذ الشيء - : من رمىٰ الشيء من يديه يرميه رمياً : ألقاه ، قال ابن السكيت : رمىٰ عن الفرس وعليها ، ولا تقل رمىٰ بها . ويشمل الرمي بالسهام والرماح وبالأسلحة الحديثة أيضاً ، وندبتِ المسابقة والمناضلة للرجال المسلمين بقصد الجهاد بالإجماع ، ولقوله تبارك وتعالىٰ : ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ﴾ [الأنفال : ٦٠] . وفسر المصطفىٰ ﷺ القوة بالرمي . **رباط الخيل** : مرابطتها وملازمتها ثغر العدو ، وذاك كما في حديث عقبة بن عامر عند مسلم (١٩١٧) في الإمارة : « ألا إن القوةَ الرمي ، ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي » . وكان من شأنه ﷺ حضُّ المسلمين علىٰ الرميُ والحث عليه ، وذم من علمه ثم نسيه ، وذٰلك كما في حديث عقبة عند مسلم (١٩١٩) أنه قال : « من علم الرمي ، ثم نسيه . . فليس منا ، أو قد عصىٰ » .

وعنه أيضاً عند مسلم (١٩١٨) يقول : « ستفتح عليكم أرضون ، ويكفيكم الله ، فلا يعجز أحدكم أن يلهو بأسهمه » . ولحديث كعب بن مرة عند ابن حبان في « الإحسان » (٤٦١٦) بسند صحيح قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من بلغ العدو بسهم . . رفع الله له درجة » . فقال له عبد الرحمن بن النحام : وما الدرجة ؟ قال : « أما إنها ليست بعتبة أمك ، ما بين الدرجتين مئة عام » .

وعنه أيضاً عند ابن حبان في « الإحسان » (٤٦١٤) بسند صحيح قالَ : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من رمىٰ بسهم في سبيل الله . . كان كمن أعتق رقبة » .

قال المزني : لم يسبق الشافعيَّ رحمه الله إلىٰ تصنيف هٰذا الباب أَحد .

المسابقةَ في شرعِ مَنْ قبلَنا ، ولَم ينكرْها ، فدلَّ علىٰ جوازِها[(١)] .

وأَمَّا السُّنَّةُ : فقولهُ ﷺ : « لا سَبْقَ إلاَّ في نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ »[(٢)] .

وأَجمعتِ الأُمَّةُ علىٰ جوازِ المسابقةِ [(٣)] .

إذا ثَبتَ هٰذا : فتجوزُ المسابقةُ علىٰ الخيلِ والإبلِ ؛ لمَا رويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ سابقَ بينَ الخيلِ)[(٤)] .

ورويَ : أَنَّه كانَ للنبيِّ ﷺ ناقةٌ تسمَّىٰ العضباءَ لا تُسبَقُ ، فجاءَ أَعرابيٌّ علىٰ قَعودٍ لَه ، فسابقَها ، فسبقَها ، فشَقَّ ذٰلكَ علىٰ المسلمينَ حتَّىٰ عرفهُ ، فقالوا : يا رسول الله ، سُبقتِ العضباءُ! فقالَ ﷺ : « إِنَّهُ حقٌّ علىٰ اللهِ أَنْ لا يَرْتَفِعَ شَيءٌ مِنَ

= و **شروطهما** : تعيين الفرَس مثلاً ، والمسافة : ابتداء وانتهاء ، ومعرفة صفة الغرض والمرمىٰ ، والعلم بالمال المشروط .

(١) سلف ذكر خلاف العلماء في أنَّ شرع من قبلنا إذا لم يأتِ في شرعنا نصٌّ معارض ، هل هو مشرع لنا ، أم لا ؟ وعلىٰ قول من يقول : شرع من قبلنا شرع لنا فيما لا نصَّ معارضٌ فيه : فإنَّ في الآية دليلاً على جواز المسابقة .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٢٢) ، ومختصراً (٤٢٣) ، وأبو داود (٢٥٧٤) ، والترمذي (١٧٠٠) في الجهاد ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٥٨٥) في الخيل ، وابن ماجه مختصراً (٢٨٧٨) في الجهاد ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٦٩٠) بإسناد صحيح ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ١٦) في السبق . قال الترمذي : حديث حسن . **النصل** : السهم ، ويشمل عمله نحو البندقية . **الخف للبعير** : كالحافر للفرس ، وهما كالقدم للإنسان ، وهٰذا من باب إطلاق الجزء وإرادة الكل ، وهو ما يسمىٰ : المجاز المرسل .

(٣) قال الوزير ابن هبيرة في « الافصاح » (٢/ ٤٦٠) : واتفقوا علىٰ أن السبق والرمي مشروعان ، ويجوزان علىٰ العِوض .

(٤) رواه عن ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٢٤) ، والبخاري (٢٨٦٩) و(٢٨٧٠) في الجهاد ، ومسلم (١٨٧٠) في الإمارة ، وفيه : (سابق رسول الله ﷺ بين الخيل التي قد ضمرت ، فأرسلها من الحفياء ، وكان أمدها ثنية الوداع) . **ضمرت** : قلَّل علفها مدة لتقوىٰ علىٰ الجري . **الحفياء** : مكان خارج المدينة . **الأمد** : الغاية . **ثنية الوداع** : عقبة في طرف الجبل تقع شمال غرب المدينة المنورة ، في طريق الذاهب إلىٰ الشام .

الدُّنْيَا ـ وروِيَ : مِنْ هٰذهِ القذرةِ ـ إِلاَّ وضعَهُ »[١] .

وقالَ ﷺ : « لا سَبْقَ إِلاَّ فِي نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » .

وروِيَ : « لا سَبْقَ » بسكونِ الباءِ وبفتحِها ، فبسكونِها : هوَ المصدرُ ، وبفتحِها : هوَ المالُ المسابَقُ عليهِ . وأَمَّا (النصلُ) : فهي السهامُ الَّتي يُرمىٰ بها ، مثلُ : السهامِ العربيَّةِ ، والنُّشَّابِ[٢] . وأمّا (الخفُّ) : فهي الإبل . و(الحافر) : الخيل .

ويجوزُ ذٰلكَ بغيرِ عِوضٍ ؛ لِما روىٰ سلمةُ بنُ الأدرعِ ، قالَ : أتىٰ علينا رسولُ الله ﷺ ونحنُ نترامىٰ ، فقالَ ﷺ : « حَسُنَ هٰذا لَعِباً ، ارْمُوا ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ إِسْمَاعِيْلَ كانَ رامياً ، ارْمُوا ، وَارْكَبُوا ، وَلأَنْ تَرْمُوا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ تَرْكَبُوا »[٣] .

---

(١) أخرجه عن أنس رضي الله عنه من طرق البخاري (٢٨٧٢) في الجهاد ، وأبو داود (٤٨٠٢) ونحوه (٤٨٠٣) في الأدب ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٣٥٨٩) و(٣٥٩٢) في الخيل ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٥) .

قال الحافظ في « الفتح » (٦/ ٨٧) : لم أقف علىٰ اسم هٰذا الأعرابي بعد التتبُّع الشديد .

قعود : ما استحق الركوب من الإبل . قال الجوهري : هو البكر حتىٰ يركب ، وأقل ذٰلك أن يكون ابن سنتين إلىٰ أن يدخل في السادسة ، فيسمىٰ جملاً . وقال الأزهري : لا يقال إلا للذكر ، والأنثىٰ يقال لها : قلوص . حتىٰ عرفه : أي أثر المشقة ، وفي رواية المصنف في (الرقاق) : (فلما رأىٰ ما في وجوههم وقالوا . . .) . **العضباء** : مقطوعة الأذن أو المشقوقة ، وقال ابن فارس : كان ذٰلك لقباً لها لقوله : تسمىٰ العضباء . وقال الزمخشري : العضباء منقول من قولهم : ناقة عضباء ، أي : قصيرة اليد ، قيل : إنها لم تأكل بعد وفاة رسول الله ﷺ ولم تشرب ، ولها أسماء أُخَر : فهي القصواء ، والجدعاء . قاله ابن الجوزي ، وكان له ﷺ عدة نوق .

وفي الحديث : اتخاذ الإبل للركوب ، والمسابقة عليها ، والتزهيد في الدنيا ، والحث علىٰ التواضع ، وحسن خلق النبي ﷺ ، وتواضعه ، وعظمته في صدور أصحابه رضي الله عنهم .

(٢) **النشاب** : النبل ، واحدته : نشابة ، يرمىٰ بها عن القسي الفارسية .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة ـ بألفاظ متقاربة ـ ابن حبان في « الإحسان » (٤٦٩٥) في الجهاد ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٩٤) ، وذكره الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٢/ ٢٦٨) ، ونسبه للبزار ، وقال : فيه محمد بن عمر بن علقمة ، وبقية رجاله رجال الصحيح . وفي الباب :

عن حمزة بن عمرو الأسلمي كما في « مجمع الزوائد » (٥/ ٢٦٨) ، وقال : رواه الطبراني ، وفيه عبد الله بن يزيد البكري ، وهو ضعيف ، وفيه : أن رسول الله ﷺ قال =

ويجوزُ ذٰلكَ بعِوضٍ ؛ لقولهِ ﷺ : « لا سَبَقَ إلاَّ فِي نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » .

و(السَبَقُ) ـ بفتحِ الباءِ ـ : هوَ المالُ المتسابَقُ عليهِ .

وسئلَ عثمانُ رضيَ اللهُ عنهُ : هلْ كنتُم تراهنونَ ؟ فقالَ : (نعَم ، راهنَ رسولُ اللهِ ﷺ علىٰ فرسٍ لَه ، فجاءتْ سابقةً ، فهشَّ لذٰلكَ وأَعجبهُ)[1] . والرهانُ

= للأسلميين : « ارموا بني إسماعيل . . . وأنا مع محجن بن الأدرع » .

قال الحافظ في « الفتح » (٦/ ١٠٨) عن اسم ابن الأدرع : محجن ، كما هو عند الطبراني . . . وهو صحابي معروف ، وقيل في اسمه أيضاً : سلمة . حكاه ابن منده ، قال : والأدرع : لقب ، واسمه : ذكوان ، والله أعلم .

وأخرجه بنحوه عن سلمة بن الأكوع البخاري (٢٨٩٩) في الجهاد ، وأحمد في « المسند » (٤/ ٥٠) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٩٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ١٧) في السبق ، وفيه : « ارموا بني إسماعيل ، فإن أباكم كان رامياً ، ارموا ، وأنا مع بني فلان » . قال : فأمسك أحد الفريقين بأيديهم ، فقال رسول الله ﷺ : « ما لكم لا ترمون ؟! » . قالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال النبي ﷺ : « ارموا ، فأنا معكم كلِّكم » . قال في « الفتح » (٦/ ١٠٨) : بكسر اللام ، ووقع في رواية عروة : « وأنا مع جماعتكم » .

وطرف الحديث رواه عن عقبة الجهني أبو داود (٢٥١٣) ، والترمذي عقب (١٦٣٧) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٥٧٨) في الخيل ، وابن ماجه (٢٨١١) في الجهاد ، وفيه : « ارموا ، واركبوا ، ولأَنْ ترموا أحبُّ إليَّ من أن تركبوا . . . » . وبدايته : « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثةَ نفرٍ الجنةَ . . . » .

(١) هٰذا الأثر قال عنه ابن الملقن في « خلاصة البدر المنير » (٢/ ٤٠٥) : غريب من حديث عثمان ، وقال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٧٩) : لم أره من حديث عثمان .

وأخرجه عن أنس الدارقطني في « السنن » (٤/ ٣٠١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢١) ، وزاد نسبته ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٧٩) إلىٰ أحمد ، والدارمي ، وفيه : (نعم ، لقد راهن رسول الله ﷺ علىٰ فرس يقال لها : سبحة ، فجاءت سابقة ، فهشَّ لذٰلك وأعجبه) .

ومن حديث ابن عمر رواه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢١) ، وقال : وهٰذا إن صح ، فإنما أراد إذا سبق أحد الفارسين صاحبه ، فيكون السبق منه دون صاحبه ، والله أعلم .
فهش : أي دهش وفرح وتبسم وارتاح .

لا يكونُ إلاَّ علىٰ عِوضٍ[١] . وهلْ تجوزُ المسابقةُ علىٰ الفيلِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لقولهِ ﷺ : « لا سَبْقَ إلاّ فِي نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » . والفيلُ لَه خفٌّ ، ويقاتَلُ عليهِ ، فهوَ كالإبلِ .

والثاني : لا يجوزُ ، وبهِ قالَ أَحمدُ ؛ لأَنَّهُ لا يصلحُ للكرِّ والفرِّ ، فهوَ كالبقرِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : **والأَوّلُ أَولىٰ** ؛ لأَنَّهُ يقالُ : إِنَّه يَسبقُ الخيلَ .

وفي جوازِ المسابقةِ علىٰ البغالِ والحميرِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تجوزُ ؛ لأَنَّها لا تصلحُ للكرِّ والفرِّ .

والثاني : تجوزُ ، **وهوَ المشهورُ** ؛ لقولهِ ﷺ : « أَو حافرٍ » .

وتجوزُ المسابقةُ علىٰ الأَقدامِ بغيرِ عِوضٍ ؛ لمَا رويَ عن عائشة رضي الله عنها : أَنّها قالتْ : (سابقتُ رسولَ اللهِ ﷺ مرَّتينِ ، فسبقتُهُ في المرَّةِ الأُولىٰ ، فلمَّا بَدُنتُ . . سبقني ، وقالَ : هٰذهِ بتلكَ)[٢] .

يقالُ : بَدُنَ الرجلُ ـ بضمِّ الدَّالِ وتخفيفِها ـ : إِذا سَمِنَ . وبَدَّنَ ـ بفتحِ الدَّالِ وتشديدِها ـ : إِذا كَبِرَ ، يبدّنُ تبديناً . قالَ الشاعرُ :

وكنتُ خلتُ ٱلشيبَ وٱلتبدينا ... وٱلهمَّ مِمَّا يُذهِلُ ٱلقرينا[٣]

وهلْ تجوزُ المسابقةُ علىٰ الأَقدامِ بعِوضٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تجوزُ ، وبهِ قالَ أَهلُ العراقِ ؛ لأَنَّهُ يحتاجُ إِليهِ الراجلُ في القتالِ ، كما يحتاجُ إِليهِ في الفرسِ للقتالِ .

---

(١) لما فيه من الحضّ والتحريض علىٰ تعلم الرمي والسبق لمصلحة الجهاد .

(٢) أخرجه عن الصديقة عائشة أحمد في « المسند » (٦/ ٣٩ و١٢٩) ، وأبو داود (٢٥٧٨) في الجهاد ، والنسائي في « عشرة النساء » (٥٦) وإلىٰ (٥٩) ، وابن ماجه (١٩٧٩) في النكاح ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٦٩١) بإسناد صحيح ، وقال البوصيري في « الزوائد » : صحيح .

(٣) البيت من بحر الرجز لحميد الأرقط ، ذكره ابن منظور في « اللسان » ، والزبيدي في « تاج العروس » (بدن) ، وبلا نسبة ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ١٢٠) .

والثاني : لا تجوزُ ، **وهوَ المنصوصُ** ، وبهِ قالَ أحمدُ ؛ لقولهِ عليهِ الصلاةُ والسَّلامُ : « لا سَبَقَ إِلاَّ فِيْ نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » . و(السَبَقُ) ـ بفتحِ الباءِ ـ : هوَ المالُ المسابقُ عليهِ .

وتجوزُ المسابقةُ علىٰ الطيرِ بغيرِ عِوضٍ ، وهلْ تجوزُ المسابقةُ عليها بعِوضٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تجوزُ ؛ لأَنَّهُ يُستعانُ بها في الحربِ في حملِ الكتُبِ بالأَخبارِ .

والثاني : لا يجوزُ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لقولهِ عليهِ الصلاةُ والسلامُ : « لا سَبَقَ إِلاَّ فِيْ خُفٍّ ، أَوْ نَصْلٍ ، أَوْ حَافِرٍ » . والطيورُ ليستْ بواحدٍ منها .

وتجوزُ المسابقةُ علىٰ السفنِ بغيرِ عوضٍ ، وهلْ تجوزُ المسابقةُ عليها بعِوضٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تجوزُ ؛ لأَنَّهُ يقاتَلُ عليها في البحرِ ، كما يقاتَلُ علىٰ الخيلِ في البرِّ .

والثاني : لا تجوزُ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لِما ذكرناهُ مِنَ الخبرِ ، ولأَنَّها ليستْ بآلةٍ للحربِ ، وإِنَّما الحربُ فيها .

وتجوزُ المصارعةُ بغيرِ عِوضٍ ، وهلْ تجوزُ بعِوضٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تجوزُ ، وبهِ قالَ أَهلُ العراقِ ؛ لِما رويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ صارعَ يزيدَ بنَ رُكانةَ علىٰ مئةٍ ، فصرعَهُ النبيُّ ﷺ ، وكانَ لا يُصرعُ ، ثمَّ عادَ ، فصرعَهُ ﷺ ، ثمَّ عادَ ، فصرعَهُ ﷺ ، فأَسلَمَ ، وردَّ عليهِ الغَنَمَ)[1] .

---

(١) قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٦) : رواه أبو بكر الشافعي ـ بإسناد جيد ـ عن ابن عباس ، قال : جاء يزيد بن ركانة إلىٰ النبي ﷺ ومعه ثلاث مئة من الغنم ، فقال : يا محمد ، هل لك أن تصارعني ؟ قال : « وما تجعل لي إن صرعتك ؟ » قال : مئة من غنمي . . . ، ثم قال : يا محمد ، ما وضع ظهري إلىٰ الأرض أحد قبلك ، وما كان أحد أبغض إليّ منك ، وأنا أشهد أن لا إله إلا الله ، وأنك رسول الله ، فقام عنه رسول الله ﷺ ، وردَّ عليه غنمه .

قال ابن حجر في « الإصابة » في ترجمة يزيد بن ركانة (٩٢٥٩) : قصة الصراع مشهورة لركانة ، لكن جاء من وجه آخر أنه يزيد بن ركانة ، ونقله الخطيب في « المؤتلف » عن ابن عباس .

=

والثاني : لا تجوزُ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لقولهِ عليهِ الصلاة والسلامُ : « لا سَبَقَ إِلاَّ فِيْ نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » . ولأنَّ الصراعَ ليسَ بآلةِ الحربِ .

وأمَّا صراعُ النبيِّ ﷺ ليزيدَ بنِ رُكانةَ : فإنَّما كانَ طمعاً منهُ في إسلامهِ ، ولهٰذا لمَّا أسلمَ . . ردَّ عليهِ الغنَمَ .

مسألةٌ : [المناضلة بالرمي] :

وتجوزُ المسابقةُ علىٰ الرمي بالقِسيِّ العربيَّةِ والعجميَّةِ بعِوضٍ وغيرِ عِوضٍ ؛ لقولهِ ﷺ : « لاَ سَبْقَ إِلاَّ فِيْ نَصْلٍ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » .

فإنْ قيلَ : فقدْ رويَ : أنَّ النبيَّ ﷺ رأىٰ معَ رجلٍ قوساً عجميَّةً ، فقالَ : « لَعَنَ اللهُ حَامِلَهَا ، عَلَيْكُمْ بِٱلْقِسِيِّ ٱلْعَرَبِيَّةِ وَسِهَامِهَا ، فَإِنَّهُ سَيُفْتَحُ عَلَيْكُم بِهَا »[1] ؟

= وقال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٧٩) : رواه أبو داود في « المراسيل » عن سعيد بن جبير ، ثم قال : إسناده صحيح إلىٰ سعيد ، إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة . قال البيهقي : وروي موصولاً . قال ابن حجر : وهو في « كتاب السبق والرمي » لأبي الشيخ من رواية عبد الله بن يزيد المدني ، عن حمّاد ، عن عمرو بن دينار ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس مطولاً ، ورواه أبو نعيم في « معرفة الصحابة » من حديث أبي أمامة مطولاً ، وإسنادهما ضعيفان . وروىٰ عبد الرزاق ، عن معمر ، عن يزيد بن أبي زياد أحسبه عن عبد الله بن الحارث ، قال : صارع النبي ﷺ أبا ركانة في الجاهلية وكان شديداً ، فقال : شاة بشاة ، وفيه : « ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك ونغرمك ، خذ غنمك » . هٰكذا وقع فيه أبو ركانة ، وكذا أخرجه أبو الشيخ من طريقه ، ويزيد فيه ضعف ، والصواب ركانة .

وأخرجه عن ركانة أبو داود (٤٠٧٨) ، والترمذي (١٧٨٥) في اللباس ، وقال : هٰذا حديث غريب ، وإسناده ليس بالقائم ، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابنَ ركانة .

(١) أخرجه عن علي المرتضىٰ ابن ماجه (٢٨١٠) في الجهاد ، بلفظ : « ما هٰذه ؟ ألقها ، وعليكم بهٰذه وأشباهها ، ورماح القنا ، فإنهما يزيد الله لكم بهما في الدين ، ويمكّن لكم في البلاد » . قال عنه ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٧) : بإسناد غريب .

وذكره الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٥/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨) وقال : فيه يحيىٰ بن حمزة . إنما قال ذٰلك رسول الله ﷺ ؛ لأنها كانت إذ ذاك علىٰ عهد رسول الله ﷺ ، فأما اليوم : فقد صارت عدة وقوة لأهل الإسلام ، وقال : رواه الطبراني عن شيخه بكر بن سهل الدمياطي . قال الذهبي : وهو مقارب الحديث ، وقال النسائي : ضعيف ، وبقية رجاله رجال الصحيح ، إلا=

فالجوابُ : أَنَّ الأُمَّةَ أَجمعتْ علىٰ جوازِ الرمْيِ بالأَعجميَّةِ ، فيُستدلُّ بهٰذا الإِجماعِ علىٰ أَنَّ هٰذا الخبرَ منسوخٌ ، وإِنْ لَم نعلمْ ناسخَهُ ، ويُحتمَلُ أَنْ يكونَ إِنَّما نهىٰ عنها ولعنَ حامِلها ؛ لأَنَّ العجمَ لَم يكونوا أَسلموا يومئذٍ ، فلذٰلكَ لعنهُم ، ومنعَ العربَ أَنْ يتعرَّضوا بِما لا يعرفونَ ولَم يأْلفوهُ .

وتجوزُ المسابقةُ علىٰ الرمي بالمزاريقِ[1] ؛ لأَنَّ لَها نصلاً ، ويقاتَلُ بها ، فهيَ كالسهامِ ، وهل تصحُّ المسابقةُ بالرمحِ والسيفِ والعمودِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تجوزُ ، وبهِ قالَ أَحمدُ ؛ لقولهِ ﷺ : « أَوْ نَصْلٍ » ؛ لأَنَّهُ لا يُرمىٰ بِها ، فلاَ معنىٰ للمسابقةِ بها .

والثاني : تجوزُ ، وقدْ قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » [١٤٨/٤] : (بكلِّ ما يُنكي العدوَّ ، مِنْ سيفٍ ، أَو رُمحٍ ، أَو مزراقٍ) ، ولأَنَّهُ سلاحٌ يقاتَلُ بهِ ، فهوَ كالنُّشَّابِ .

وهل تجوزُ المسابقةُ علىٰ رميِ الأَحجارِ عَنِ المقلاعِ[2] بعِوضٍ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما ـ ولَم يذكرِ ٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ لا يصحُّ ؛ لأَنَّهُ ليسَ بآلةٍ للحربِ .

والثاني ـ ولَم يَذكرْ في « المهذَّبِ » غيرَهُ ـ : أَنَّه يصحُّ ؛ لأَنَّهُ آلةٌ للحربِ ، فهوَ كالنُّشَّابِ .

= أني لم أجد لأبي عبيدة عيسىٰ بن سليم من عبد الله بن بشر سماعاً .

وروىٰ عن عبد الله بن بسر الطبراني كما في « مجمع الزوائد » (٥/ ٢٦٧) ، وفيه : بعث رسول الله ﷺ علي بن أبي طالب إلىٰ خيبر ، فعممه بعمامة سوداء ، ثم أرسلها من ورائه ، أو قال : علىٰ كتفه . . . ، فقال : « ألقها ، فإنها ملعونة ، ملعون من يحملها . . . » .

وعن عويم بن ساعدة أخرجه الطبراني كما في « مجمع الزوائد » (٥/ ٢٦٧) ، وقال : رواه الطبراني ، وفي إسناده مساتير لم يضعَّفوا ولم يوثَّقوا .

(١) **المزاريق** ـ جمع مزراق ـ : الرمح الصغير .

(٢) **المقلاع** : آلة ترمىٰ بها الحجارة ، مؤلفة من قطعة من جلد أو قماش عريض يتصل كل طرف من طرفيها بحبل ، ويمسك الرامي بطرفي الحبلين .

فرعٌ : [المسابقة علىٰ غير آلة الحرب] :

وأَمَّا المسابقةُ علىٰ ما ليسَ بآلةٍ للحربِ ، كضربِ كرةِ الصَّولَجانِ[١] ، ورفعِ الأَحجارِ ، واللَّعبِ بالخاتمِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . فلا يصحُّ بعِوضٍ ؛ لأَنَّهُ لا منفعةَ في ذٰلكَ للحربِ .

مسأَلةٌ : [ما جاز أن يدفع له من أفراد جاز البذل له من بيت المال] :

كلُّ موضعٍ قُلنا : تجوزُ المسابقةُ بعِوضٍ ، فيجوزُ أَنْ يبذلَهُ السلطانُ مِنْ بيتِ المالِ ، أَو مِنْ مالِ نفسِهِ ؛ لمَا روىٰ ٱبنُ عمرَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ سابقَ بينَ الخيلِ ، وجعلَ بينَها سَبَقاً)[٢] ، ولأَنَّ في ذٰلكَ حثّاً علىٰ تعلُّمِ الفروسيَّةِ والرمي ليتقوَّوا[٣] بهِ علىٰ الجهادِ ، ويقعَ فيهِ الصلاحُ للمسلمينَ .

---

(١) **الصولجان** : فارسي معرب ، وهي عصا معكوفة الطرف، يضرب بها الفارسُ الكرة ، وقد يحملها الملك فترمز لسلطانه ، تجمع علىٰ : صوالج وصوالجة .

(٢) طرف من حديث ابن عمر أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٤٦٨٩) في السير ، وأورده الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨١) ، وزاد عزوه إلىٰ ابن أبي عاصم في « الجهاد » من طريق عاصم بن عمر ، عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر . وعاصم هٰذا ضعيف ، واضطرب فيه رأي ابن حبان ، فصحح حديثه تارة ، وقال في « الضعفاء » : لا يجوز الاحتجاج به ، وقال في « الثقات » : يخطىء ويخالف . وروىٰ أحمد ، وابن أبي عاصم من حديث نافع ، عن ابن عمر : (أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل وراهن) .

ورواه أيضاً أبو داود (٢٥٧٧) في الجهاد ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٦٨٨) في السير ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٩٩) في السبق بإسناد صحيح ، بلفظ : (أن النبي ﷺ سبّق بين الخيل ، وفضل القُرَّح في الغاية) .

القرح ـ جمع قارح ـ : وهو ما دخل في السادسة من الخيل . **الغاية** : المسافة وأمد السبق . وفي الحديث دلالة علىٰ : أنه لا يشترط المحلل .

والمحلل : مشتق من أحلّ ؛ لأنه يحل العقد ويخرجه عن صورة القمار ، وبه يصير الجعل بين المتسابقين حلالاً .

(٣) في (م) : (فيتقوىٰ) .

ويجوزُ أَنْ يكونَ العِوضُ مِنْ رجلٍ مِنَ الرعيَّةِ .

وقالَ مالكٌ : (لا يجوزُ ذٰلكَ لغيرِ الإمامِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ بذلُ مالٍ لمصلحةٍ ، فصحَّ مِنْ غيرِ الإمامِ ، كوقفِ الخيلِ في سبيلِ اللهِ .

ويجوزُ أَنْ يكونَ السبَقُ مِنْ أَحدِهما ، بأَنْ يقولَ : سبَّقتكَ[1] عشرةً ، فإِنْ سبَقْتني . . فهيَ لكَ ، وإِنْ سبقتُكَ . . فلا شيءَ لكَ عليَّ ولا شيءَ لي عليكَ .

وقالَ مالكٌ : (لا يجوزُ) .

دليلُنا : ما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ مرَّ بحِزبَينِ مِنَ الأَنصارِ يتناضلونَ وقدْ سبقَ أَحدُهما الآخرَ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « ٱرْمُوْا ، وَأَنَا مَعَ ٱلْحِزْبِ ٱلَّذِيْ فِيْهِ ٱبْنُ ٱلأَدْرَعِ » . فكفَّ القومُ أَيديَهم وقِسيَّهُم ، وقالوا : يا رسولَ اللهِ صلىٰ الله عليكَ ، غَلبَ مَنْ كنتَ معَهُ . فقالَ : « ٱرْمُوْا ، وَأَنَا مَعَكُمْ جَمِيْعاً » .

ويجوزُ أَنْ يكونَ السبَقُ بينهُما بشرطِ أَنْ يُدخِلا معهما مُحلِّلاً علىٰ فرسٍ مماثلٍ لفرسيهِما ، فإِنْ سبقَهُما . . أَحرزَ السبَقَينِ ، وإِنْ سبقاهُ . . فلا شيءَ له .

وإِنْ أَخرجَ كلُّ واحدٍ منهُما مالاً ، ولَم يدخِلا بينهُما مُحلِّلاً . . لَم يصحَّ[2] .

وقالَ مالكٌ : (لا يصحُّ أَنْ يكونَ المالُ منهُما ، سواءٌ كانَ بينهُما محلِّلٌ أَو لَم يكنْ) . وحكاهُ الطبريُّ ، وٱبنُ الصبَّاغِ ، عَنِ ٱبنِ خيرانَ .

ودليلُنا : قولهُ ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ لاَ يَأْمَنُ أَنْ يَسْبِقَ . . فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ . . فَهُوَ قِمَارٌ »[3] .

---

(١) سبَّقتُهُ ـ بالتشديد ـ : أخذت منه السَّبَقَ ، وسبَّقتُهُ ـ أيضاً ـ : أعطيته السبَقَ ، فهي من الأضداد ، وهي هنا بمعنى أعطيتك .

(٢) وإلىٰ هٰذا ذهب جمهور الفقهاء ؛ لأن أحدهما يغرَم ، والآخر يغنم ، لكن ذهب ابن القيم إلىٰ الجواز ، ونقله عن شيخ الإسلام ابن تيمية ؛ لعدم صحة الحديث الوارد في اشتراط المحلل .

(٣) أخرجه من طرق عن أبي هريرة رضي الله عنه أبو داود (٢٥٧٩) و(٢٥٨٠) ، وابن ماجه (٢٨٧٦) في الجهاد ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١١١ و٣٠٥) في السير ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ١١٤) وصححه ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٠/ ٢٠) في السبق ، وذكره الحافظ ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٦) : وقد علل بأن الثقات من أصحاب =

ومعنىٰ قولِهِ : (وقد أَمِنَ أَنْ يسبقَ . . فهوَ قمارٌ) أَرادَ : إِذا كانَ فرسُ المحلِّلِ بطيئاً لا يُرجىٰ لهُ السبقُ . . فإِنَّ ذٰلكَ لا يجوزُ ؛ لأَنَّ وجودَهُ كعدمِهِ .

ومعنىٰ قولِهِ : (وإِنْ لَم يأمَنْ أَنْ يسبقَ . . فليسَ بقمارٍ) أَرادَ : إِذا كانَ مكافئاً لهُما ؛ لأَنَّ المكافىءَ يرجىٰ لهُ السبقُ .

فرعٌ : [صحَّة العقد بعوض معلوم حالاً أَو مؤجلا] :

ولا يصحُّ العقدُ إِلاَّ أَنْ يكونَ العِوضُ معلوماً ، إِمَّا معيَّناً ، أَو في الذمَّةِ ، وإِذا كانَ في الذمَّةِ . . جازَ أَنْ يكونَ حالاً ومؤَجَّلاً ، كما قلنا في الثمنِ والإِجارةِ .

وإِنْ قالَ أَحدُهما لصاحبِهِ : سبَقتُكَ عشرةً ، فإِنْ سبقتَني فهيَ لكَ علىٰ أَنْ لا أُسابِقَ ، أَو علىٰ أَنْ لا أَرميَ أَبداً . . كانَ باطِلاً ؛ لأَنَّهُ شرَطَ تركَ ما هوَ مندوبٌ إِليه .

وإِنْ قالَ : سبَقتُكَ عشرةً ، فإِنْ سبقتَني أَخذتَها وتعطيني قفيزَ حنطةٍ . . قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » [٤/١٤٨] : (لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ العقدَ يقتضي أَنْ لا يكونَ علىٰ السابقِ شيءٌ ، وإِنَّما يكونُ علىٰ المسبوقِ) .

فرعٌ : [عملُ مُخرِجِ العطاء كالجعل] :

إِذا كانَ المخرِجُ للسبقِ هوَ السلطانُ ، أَو رجلٌ مِنَ الرعيَّةِ ، أَو أَحدُ المتسابقينَ . . فهوَ كالجُعالةِ .

وإِنْ كانَ المالُ مِنَ المتسابقَيْنِ وبينَهُما محلِّلٌ . . ففيهِ قولانِ :

= الزهري ، ، كمالك في « الموطأ » ، ويونس ، وعُقيل ، والليث ، وغيرهم رووه عن الزهري ، قال أبو داود : وهو أصح . . . ، ثم قال : وقد جمعت جزءاً في هٰذا الحديث ، وذِكْرِ شواهده وطرقه ، وبيانِ وجه الدلالة منه في اشتراطه المحلل .

وأورده في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٠ ـ ١٨١) فقال : وابن حزم ، وصححه . . . ، ثم قال : وقال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفاً علىٰ سعيد بن المسيب ، فقد رواه يحيىٰ بن سعيد ، عن سعيد قولهُ . انتهىٰ ، وكذا هو في « الموطأ » عن الزهري ، عن سعيد قولهُ . وقال ابن أبي خيثمة : سألت ابن معين عنه ، فقال : هٰذا باطل .

أَحدُهما : أَنَّهُ لازمٌ ، كالإِجارةِ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ يُشترطُ أَن يكونَ العِوضُ فيهِ والمعوَّضُ معلومينِ ، فكانَ لازماً ، كالإِجارةِ .

والثاني : أَنَّهُ غيرُ لازمٍ ، كالجُعالةِ ؛ لأَنَّهُ عَقدٌ بُذِلَ العِوضُ فيهِ على ما لا يُتيقَّنُ حصولُهُ ، فلَم يكنْ لازماً ، كالقِراضِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فإِذا قُلنا : إِنَّهُ كالإِجارةِ . . كانَ الحكمُ في الرهنِ والضمانِ فيهِ حكمَ الإِجارةِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ كالجعالةِ . . فحكمُ الرهنِ والضمانِ فيهِ حكمُ مالِ الجُعالةِ ، وقدْ مضىٰ .

وأَمَّا الزيادةُ والنقصانُ في المالِ أَو في السبقِ أَو في الرمي : فإِنْ قُلنا : إِنَّهُ كالإِجارةِ . . لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يفسخا الأَوَّلَ ، ثمَّ يعقدا ثانياً . وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ كالجُعالةِ ، فإِنِ ٱتفقا علىٰ الزيادةِ أَوِ النقصانِ . . جازَ ، وإِنْ طلبَ أَحدُهما ذٰلكَ ، فإِنْ كانا متساويينِ في السَبْقِ ، أَو في عددِ الرمي والإِصابةِ . . كانَ لَه ذٰلكَ ، وقيلَ للآخرِ : إِنْ رضيتَ بما طلبَ صاحبُكَ ، وإِلاَّ . . فٱفسخِ العقدَ .

وإِنْ كانا غير متساويينِ : فإِنْ كانَ الذي يطلبُ الزيادةَ أَوِ النقصانَ هوَ الذي لَه الفضلُ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ علىٰ الآخرِ بذٰلكَ .

وإِنْ كانَ الذي يطلبُ الزيادةَ أَوِ النقصانَ هوَ المفضولُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ غيرُ لازمٍ .

والثاني : لا يجوز ؛ لأَنَّا لو قُلنا : يجوزُ . . لأَفضىٰ إِلىٰ أَنْ لا يسبقَ أَحدٌ أَحداً بحالٍ .

فرعٌ : [جعل المخرَج لمن سبق] :

وإِنْ كانَ المخرِجُ للسبقِ هوَ السلطانُ أَو رجلٌ مِنَ الرعيَّةِ . . نظرتَ :

فإِنْ جعلَهُ فيما بينهُم[1] ، بأَنْ قالَ : مَنْ سبقَ منكُم إِلىٰ الغايةِ . . فلَهُ عشرةٌ ، فإِنْ

---

(١) في (م) : (لبعضهم) .

كانا ٱثنين ، وسبقَ أَحدُهما إِلىٰ الغايةِ . . ٱستحقَّ العشرةَ ، وإِنْ كانوا ثلاثةً ، فجاءَ ٱثنانِ منهُم إِلىٰ الغايةِ جميعاً . . ٱستحقَّا العشرةَ ، كما لو قالَ : مَنْ ردَّ عبديَ . . فلَه دينارٌ ، فردَّهُ ٱثنانِ ، وإِنْ جاؤوا جميعاً إِلىٰ الغايةِ في حالةٍ واحدةٍ . . لَمْ يستحقَّ واحدٌ منهُم شيئاً ؛ لأَنَّهُ لَم يَسبقْ بعضُهم بعضاً .

وهٰكذا لو قالَ : مَنْ سَبَقَ منكُم إِلىٰ الغايةِ . . فلَه عشرةٌ ، ومَنْ صَلَّى . . فلَه عشرةٌ ، وكانَ المتسابقونَ أَكثرَ مِنْ ٱثنينِ . . صحَّ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُم يجتهدُ أَنْ يكونَ سابقاً أَو مُصَلِّياً . فمَنْ سَبَقَ منهُم إِلىٰ الغايةِ . . ٱستحقَّ العشرةَ ، ومَنْ صَلَّى . . ٱستحقَّ العشرةَ أَيضاً . ولا شيءَ لمَنْ بعدَ المُصَلِّي . والمُصَلِّي : هوَ الثاني ؛ لأَنَّ رأْسَ فرسِ الثاني يكونُ عندَ صَلا[1] فرسِ الأَوَّلِ ، فلهٰذا سمِّيَ مصلِّياً . قالَ الشاعرُ :

إِنْ تُبْتَدَرْ غايةٌ يوماً لمَكْرُمَةٍ تلقَ ٱلسوابِقَ مِنَّا وٱلمُصلِّينا[2]

وإِنْ جعلَ السبقَ لجميعِهم ، فإِنْ لَم يفاضلْ بينَهُم ، بأَنْ كانا ٱثنينِ ، فقالَ : مَنْ سَبَق منكُما فلَهُ عشرةٌ ، ومَنْ صَلَّى فلَه عشرةٌ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّهُ لا فائدَةَ فيهِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يعلَمُ أَنَّهُ يستحقُّ ، سواءٌ كانَ سابقاً أَو مسبوقاً ، فلا يجتهدُ .

---

(١) **الصَّلا** : مغرز الذنب من الفرس ـ وزان العصا ـ والتثنية : صلَوان ، ومنه قيل للفرس الذي بعد السابق في الحلبة : المصلي ؛ لأن رأسه عند صلا السابق وهو المجلي . قال المطرزي : **المجلي** : يحتمل أن يكون من جلا الهموم : إذا فرجها وكشفها . قال النواوي في « تصحيح التنبيه » (ص/ ٧٨ ـ ٧٩) : فإن الموجود لجميعهم أن المجلي هو السابق ، والثاني المصلي ، والثالث التالي ، والرابع البارع ، والخامس المرتاح ، والسادس الحظي ، والسابع العاطف ، والثامن المرمل ، والتاسع اللطيم ، والعاشر السُّكَيْت ، بالتخفيف والتشديد ، والذي يجيء في الآخر فِسْكِل ، وربما قدم بعض هؤلاء علىٰ بعض فيما بعد الثاني .

(٢) البيت من بحر البسيط ، واختلف لمن هو ؟ فقيل : لنهشل بن حري بن ضمرة الدارمي الشاعر المخضرم ، كما عند ابن قتيبة في « الشعر والشعراء » (ص/ ٤٢٤) ، ونسبه لبشامة بن حزن في « عيون الأخبار » (١/ ١٩٠) ، لكنَّ المبرد في « الكامل » نسبه لأبي مخزوم ، وكلهم نهشليون .

أما ابن الأعرابي : فقد نسبه لحجي بن خالد القيسي ، كما عند البغدادي في « خزانة الأدب » (٣/ ٥١٤) .

وإِنْ فاضلَ بينَهُما ، بأَنْ قالَ : مَنْ سَبَقَ منكُما فلَه عشرةٌ ، ومَنْ صَلَّى فلَهُ خمسةٌ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يعلَمُ أَنَّهُ يستحقُّ عِوضاً ، سواءٌ كانَ سابقاً أَو مسبوقاً ، فلا يجتهدُ في الركضِ .

والثاني : يصحُّ . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يجتهدُ في الركضِ ليأخُذَ الأَكثرَ .

فرعٌ : [المخرج للسبَق أحدهما] :

وإِنْ كانَ المُخرِجُ للسبَقِ أَحدَ المتسابقينِ ، فإِنْ سَبَقَ المخرِجُ . أَحرزَ سَبَقَهُ ، ولا يستحقُّ الآخرُ شيئاً ؛ لأَنَّهُ لَم يَسبقْ ، وإِنْ سَبَقَ غيرُ المخرِجِ . أَخذَ سَبَقَ المخرِجِ .

وإِنْ أَخرجَ كلُّ واحدٍ مِنَ المتسابقينِ سبَقاً ، وأَدخلا بينهُما محلِّلاً . . نظرتَ :

فإِنْ جاءَ الثلاثةُ إِلىٰ الغايةِ معاً ، أَو جاءَ المخرجانِ إِلىٰ الغايةِ في حالةٍ واحدةٍ ، وجاءَ المحلِّلُ بعدَهما . . لَم يستحقَّ المحلِّلُ شيئاً ؛ لأَنَّهُ لَم يسبقْهُما ، ويُحرزُ كلُّ واحدٍ مِنَ المخرِجَينِ سَبَقَهُ ؛ لأَنَّ أَحدَهما لَم يَسبقْ صاحبَه .

وإِنْ سبقَهُما المحلِّلُ إِلىٰ الغايةِ ، ثمَّ جاءَ المخرِجانِ بعدَهُ معاً . . أَخذَ المحلِّلُ سبقَيهِما ، لأَنَّهُ سبقَهُما . وإِنْ سَبَقَ أَحدُ المخرِجَينِ ، ثمَّ جاءَ المحلِّلُ والمخرِجُ الثاني معاً . . أَحرزَ السابقُ سَبَقَ نفسِهِ . وفي سَبَقِ المسبوقِ وجهانِ :

[الأَوَّلُ] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ خيرانَ : لا يأخذُهُ السابقُ ولا المحلِّلُ ؛ لأَنَّا لو قُلنا : يأخذُهُ السابقُ . . لكانَ هناكَ مَنْ يَغرمُ مرَّةً ، ويَغنمُ أُخرىٰ ، وهٰذا قمارٌ .

و**[الثاني]** : **المنصوصُ للشافعيِّ** : (أَنَّهُ يأخذُهُ السابقُ ؛ لقولِهِ ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ . . فَهُوَ قِمَارٌ ، وَإِنْ لَمْ يَأْمَنْ أَنْ يَسْبِقَ . . فَلَيْسَ بِقِمَارٍ » ، ولأَنَّ المحلِّلَ يَغنمُ ولا يَغرمُ) . وبهٰذا خرجا مِنَ القمارِ .

وعبَّرَ بعضُ أَصحابِنا عَنْ هٰذينِ الوجهينِ ، فقالَ : هل دخولُ المحلِّلِ لتحليلِ المالِ ، أَو لتحليلِ العقدِ ؟ فيهِ وجهانِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّهُ لتحليلِ العقدِ لا غيرَ . . لَمْ

يستحقَّ المخرِجُ سَبَقَ صاحبِهِ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ لتحليلِ المالِ . . ٱستحقَّهُ .

وإِنْ سَبَقَ أَحدُ المخرِجَينِ ، ثمَّ جاءَ المحلِّلُ بعدَهُ ، ثمَّ المخرِجُ الآخرُ . . فإِنَّ المخرِجَ السابقَ يُحرزُ سَبَقَ نفسِهِ[1] ، وفي سبقِ المسبوقِ أَربعةُ أَوجهٍ ، حكاها الطبريُّ :

أَحدُها ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّهُ للسابقِ المُخرِجِ) .

والثاني : أَنَّهُ للمحلِّلِ ؛ لأَنَّهُ سَبَقَهُ .

والثالثُ : أَنَّهُ لا يستحقُّهُ السابقُ المخرِجُ ولا المحلِّلُ ، وهوَ إِذا قُلنا : إِنَّ المحلِّلَ دخلَ لتحليلِ العقدِ .

والرابعُ : أَنَّهُ بينَ السابقِ المُخرِجِ والمحلِّلِ ؛ لأَنَّهما سبقاهُ .

وإِنْ جاءَ أَحدُ المخرجَينِ والمُحلِّلُ معاً إِلىٰ الغايةِ ، وتأَخَّرَ المخرِجُ الآخرُ عنهُما . . فإِنَّ المُخرِجَ السابقَ يُحرزُ سَبَقَ نفسهِ ، وفي سبَقِ المسبوقِ وجهانِ :

[الأَوَّلُ] : **المنصوصُ** (أَنَّهُ للسابقِ والمحلِّلِ) .

و**[الثاني]** : قالَ أَبو عليٍّ بنُ خيرانَ : يكونُ جميعُهُ للمحلِّلِ .

وإِنْ جاءَ المحلِّلُ أَوَّلاً ، ثمَّ صَلَّى بعدَهُ أَحدُ المخرجينِ ، ثمَّ فَسْكَلَ المخرجُ الثاني . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجُهٍ ، حكاها الطبريُّ :

أَحدُها ـ وهو المنصوص ـ : (أَنَّ سَبَقَي المُخرِجَينِ للمحلِّلِ ؛ لأَنَّهُ سَبَقَهُما) .

والثاني : أَنَّ سَبَق المصلِّي للمحلِّلِ ، وسَبَقَ الفِسْكِلِ بينَ المحلِّلِ والمصلِّي .

والثالثُ : أَنَّ سَبَق المصلِّي للمحلِّلِ ، وسَبَقَ الفِسكِلِ للمصلِّي . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

مسأَلةٌ : [يشترط اتحاد جنس المركوب] :

وهل تصحُّ المسابقةُ علىٰ مركوبينِ مِنْ جنسينِ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : لا يصحُّ أَنْ يسابقَ بينَ الخيلِ والإِبلِ ، ولا بينَ البغالِ والحميرِ ؛

---

(١) في نسخة : (سبقه) .

لأَنَّ فضلَ أَحدِ الجنسينِ علىٰ الآخرِ معلومٌ .

فعلىٰ هٰذا : يجوزُ أَنْ يسابقَ بينَ نوعينِ مِنْ جنسٍ ، كالهجينِ[1] والعتيقِ[2] مِنَ الخيلِ ، والبَخاتِي[3] والعِرابِ[4] مِنَ الإبلِ .

وقالَ أَبو إسحاقَ : يجوزُ أَنْ يسابقَ بينَ جنسينِ إذا تَقاربا في الجري ، كالخيلِ والنُّجُبِ[5] ، و[6] الخيلِ والبغالِ ، والبغالِ والحميرِ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ جودةِ المركوبِ ، فإذا عُلمَ تقاربُهما في الجَري . . جازتِ المسابقةُ عليهِما ، كما لَو كانا مِنْ جنسٍ واحدٍ .

فعلىٰ هٰذا : لَو سابقَ بينَ فرسينِ يعلمُ أَنْ أَحدَهما يَسبقُ الآخَرَ . . لَم يصحَّ ؛ لقولِهِ عليهِ الصلاةُ والسلامُ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَهُمَا . . فَهُوَ قِمَارٌ » .

فرعٌ : [المسابقة علىٰ مركوبين معينين] :

ولا يصحُّ عقدُ المسابقةِ إلاَّ علىٰ مركوبينِ معيَّنينِ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ جودتِهما . وذٰلكَ لا يحصُلُ إلاَّ بتعيينِهما .

مسأَلةٌ : [معرفة المسافة التي يسابق عليها شرط] :

ولا يصحُّ عقدُ المسابقةِ حتَّىٰ تكونَ المسافةُ التي يستبقانِ فيها معلومةَ الابتداءِ والانتهاءِ ؛ لِما روىٰ ٱبنُ عمرَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ سابقَ بينَ الخيلِ المضمَّرةِ مِنَ الحفياءِ

---

(١) **الهجين** : أبوه عربي ، وأمه عجميَّة .

(٢) **العتيق** : أبواه عربيان ، **والبِرْذَون** : أبواه أعجميّان ، **والمُقرِف** : أبوه عجمي ، وأمه عربية ، وكذٰلك يكون في الناس ، كالخيل .

(٣) **البخاتي** : الإبل الخراسانية تنتج من إبل عربية ، واحدها : بختي ، وهي بطيئة الجري .

(٤) **العِراب** : جود ملس حسان الألوان ، خلاف البخاتي .

(٥) **النجب** ـ مفردها نجيب ـ : من الإبل هي عتاقها التي يسابق عليها ، والفاضل علىٰ مثله من نوعه .

(٦) في نسخة : (من) .

إِلىٰ ثنيّةِ الوداعِ ، وبينَ ما لَم يُضمَّرْ منها من ثنيّةِ الوداعِ إِلىٰ مسجدِ بني زُرَيقٍ)[1] .

و(الخيلُ المضمَّرةُ) : هيَ التي تُسقىٰ اللَّبنَ ، وتُعلَفُ المنعقِدَ مِنَ العلفِ ، وتجري في طرفي النهارِ ، فإذا نزلَ الفارسُ عَنِ الفرسِ وهوَ عَرِقٌ . . أزالَ ذٰلكَ العرقَ ، وتُجلَّلُ بالأَجلَّةِ ، يفعلُ ذٰلكَ أربعينَ يوماً ، فيَشتدُّ لحمُ الفرسِ وعصَبُهُ ، ويكثرُ جَريُهُ . ولأَنَّ بعضَ الخيلِ قدْ يكونُ مقصِّراً في ٱبتداءِ عَدْوِهِ ، سريعاً في ٱنتهائِهِ ، وبعضَها بضدِّ ذٰلكَ .

ولا بدَّ مِنْ بيانِ غايةٍ معلومةِ الابتداءِ والانتهاءِ ليجمعَ لفرسهِ حاليهِ ، فيُظهِرَ جودتَهُ ، فإنْ شرطَ السَّبْقَ في بعضِ الطريقِ إِلىٰ الغايةِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

أَحدُهما : يصحُّ ؛ لأنَّهُ قدْ يَسبِقُ في بعضِ الطريقِ ، فصارَ كالغايةِ .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ الفرسَ قدْ يَسبِقُ في أَوَّلِ الطريقِ ، ثمَّ يُسبَقُ في آخرِها ، فكانَ الاعتبارُ بالغايةِ المشروطةِ .

مسأَلةٌ : [مكان الانطلاق واحد] :

ويُطلَقُ المركوبانِ في مكانٍ واحدٍ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ جودةِ المركوبَيْنِ في السبقِ ، ولا يُعلَمُ إلاَّ بذٰلكَ ، فإنْ كانَ بينهُما محلِّلٌ وتنازعا في مكانهِ . . جُعِلَ بينهُما ؛ لأنَّهُ أَعدلُ ، وإنِ ٱختلفا في اليمينِ واليسارِ . . أُقرِعَ بينهُما ؛ لأَنَّهُ لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ ، ولا يجلبُ وراءَ الفرسِ بشيءٍ ؛ لِما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَجْلَبَ

---

(١) أخرجه عن ابن عمر مالك في « الموطأ » (٢/ ٤٦٧ ـ ٤٦٨) في الجهاد ، والبخاري (٤٢٠) في الصلاة ، وانظر أطرافه ، ومسلم (١٨٧٠) في الإمارة ، وأبو داود (٢٥٧٥) ، والترمذي (١٦٩٩) في الجهاد ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٥٨٤) في الخيل . وابن ماجه (٢٨٧٧) في الجهاد ، قال الترمذي : وفي الباب عن أبي هريرة وجابر ، وعائشة ، وأنس . ضمَّر : التضمير هو تقليل علفها مدة ، وتُدخَل بيتاً ، وتجلل لتعرق ويجف عرقها ، فيخف اللحم ، وتقوىٰ علىٰ الجري . **مسجد بني زريق** : بتقديم الزاي مُصَغراً .

يستفاد من الحديث : جواز إضافة المساجد إلىٰ بانيها أو المصلي فيها ، ويلحق به : إضافة أعمال البر إلىٰ أربابها .

عَلَىٰ الخَيْلِ يَومَ الرِّهَانِ . . فَلَيْسَ مِنَّا »[١] . و(الجَلَبُ) : هوَ أَنْ يضربَ بعدَ الفرسِ بشيءٍ يابس أَو غيرِه ممَّا يَفزَعُ منهُ الفرسُ ، فيُسرعُ في الجري لذٰلكَ . ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ جَلَبَ ولا جَنَبَ »[٢] .

فأَمَّا (الجَلَبُ) : فلَهُ تأويلانِ :

أَحدُهما : الجَلَبُ وراءَ الفرسِ في المسابقةِ علىٰ ما ذكرناهُ .

و[**الثاني**] : قيلَ : بل هوَ في الصدَقةِ ، وهوَ أَنْ يَقدَمَ المصدِّقُ بلداً ، فينزلَ في موضعٍ ، ثمَّ يرسلَ إِلىٰ أَهلِ المواشي ليجلُبوا مواشيَهم إِليهِ .

وأَمَّا (الجنَبُ) : فهوَ في خيلِ السباقِ أَيضاً ، وهوَ : أَنْ يجنبَ الرجلُ خلفَ فرسهِ

---

(١) أخرجه عن ابن عباس الطبراني في « الكبير » (١١٥٥٨) ، وأورده الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٦٥) ، وزاد عزوهُ إلىٰ ابن أبي عاصم في « الجهاد » ، وقال : إسناد ابن أبي عاصم لا بأس به .

(٢) أخرجه ـ بألفاظ متقاربة ـ عن عِمران رضي الله عنه أبو داود (٢٥٨١) في الجهاد واللفظ له ، والترمذي مطولاً (١١٢٣) وقال : حسن صحيح ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٣٣٥) في النكاح و(٣٥٩٠) في الخيل ، وابن حبان في « الإحسان » (٣٢٦٧) وصححه ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٣٠٣) في السبق . والحديث متوقف علىٰ صحة سماع الحسن من عمران .

وسلف عن ابن عمرو ، وأورده الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٣) فقال : ومن طرقه التي لم تتقدم ، الدالة علىٰ أنه في الرهن : ما رواه ابن أبي عاصم في « الجهاد » من حديث الأعرج ، عن أبي هريرة بلفظ : « لا جلب ولا جنب ، وإذا أدخل المرتهنان فرساً يستبقان علىٰ سبقه . . فهو حرام » . وقد تقدم أن الجوزجاني أخرجه أيضاً ، ولا دلالة فيه لاحتمال افتراق الحكمين . وعن ابن عباس مرفوعاً أخرجه أبو يعلىٰ بسند صحيح بلفظ : « ليس منا من أجلب علىٰ الخيل يوم الرهان » . وهو عند ابن أبي عاصم في « الجهاد » بإسناد لا بأس به .

وأخرجه الطبراني عن أنس بإسناد صحيح بلفظ : « لا شغار في الإسلام ولا جلب ولا جنب » . اهـ من « نيل الأوطار » . وفسر مالك الجلب والجنب : **الجلب** : أن تجلب الفرس في السباق ، فيحرك وراءه شيء يستحث به ، فيسبق ، ومنه الصياح من خلفه . **والجنب** : أن يجنب مع الفرس الذي يسابق به فرساً آخر ، حتىٰ إذا دنا تحوَّل الراكب عن الفرس المجنوب فيسبق ، ويدل علىٰ هٰذا التفسير زيادة أبي داود : « . . . في الرهان » . **والرهان** : المسابقة علىٰ الخيل .

الذي سابقَ عليهِ فرساً آخرَ ، فإذا بلغَ قريباً مِنَ الغايةِ . . نزلَ عنِ الذي هوَ راكبٌ عليهِ ، وركبَ الآخرَ فيَسبِقُ ؛ لأنَّهُ أقلُّ كَلالاً[١] مِنَ الأوَّلِ .

مسألةٌ : [تقييد السبق بأقدام] :

وإذا تسابقا وآشترطا في السَّبْقِ أَنْ يسبِقَ أَحدُهما الآخَرَ بخمسةِ أَقدامٍ وما أَشبهَهُ . . فقدْ قالَ أَبو عليٍّ الطبريُّ في « الإفصاحِ » : يجوزُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُما يتحاطَّانِ فيما آستويا فيهِ ، وينفردُ أَحدُهما بالأَقدامِ المشروطةِ[٢] ، فصحَّ ، كما قُلنا في الرمْيِ .

وحكىٰ فيهِ وجهاً آخرَ : أَنَّهُ لا يصحُّ . وليسَ بشيءٍ .

فإذا قُلنا بالأوَّلِ . . لَم نحكمْ للسابقِ بالسبْقِ حتَّىٰ يَسبِقَ بما شَرَطَا ، وإِنْ لَم يشرطا شيئاً . . قالَ الشافعيُّ : (فالسبْقُ : أَنْ يَسبِقَ أَحدُهما صاحبَهُ ، وأَقلُّ السبْقِ بالهادي أَو ببعضهِ ، أَو بالكَتِدِ أَو ببعضهِ) .

قالَ أَصحابُنا : إِنْ كانَ المركوبانِ متساويَيْنِ في (الهادي) ـ وهوَ : العُنقُ ـ آعتُبِرَ السبْقُ أَنْ يَسبِقَ أَحدُهما الآخَرَ ببعضِ العُنقِ أَو ببعضِ الكتدِ ، و(الكتِدُ) : الكاهلُ : وهوَ العالي بينَ أَصلِ العُنقِ والظَهرِ ـ وهوَ مجتمعُ الكتفينِ ـ وهوَ مِنَ الخيلِ مكانَ السَّنامِ مِنَ الإبلِ .

وإِنْ كانا مختلفينِ في العُنقِ ، بأَنْ كانَ طولُ عُنقِ أَحدِهما ذراعاً وشبراً ، وطُولُ عُنقِ الآخَرِ ذراعاً لا غيرَ . . فإِنْ سبقَ[٣] صاحبُ العُنقِ القصيرِ ببعضِ عُنقِهِ أَو ببعضِ كَتَدِهِ . . حُكمَ لَه بالسبْقِ ، وإِنْ سَبَقَ صاحبُ العنقِ الطويلِ بقَدْرِ شبرٍ . . لَم يُحكمْ لَه بالسبْقِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قَدْرُ زيادةِ الخِلقةِ ، وإِنْ سَبَقَ بأَكثرَ مِنْ شبرٍ مِنْ عُنقهِ . . حُكمَ لَه بالسبْقِ ؛ لأَنَّهُ سَبَقَ بذٰلكَ ، فإِنْ سَبَقَ صاحبُ العُنقِ الطويلِ بأَكثرَ مِنْ زيادةِ الخِلقةِ مِنْ عُنقهِ ، وسَبَقَ الآخرُ ببعضِ كَتَدِهِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » :

---

(١) كلالاً ، يقال : أَكَلَّ بعيرهُ : أعياه .
(٢) كأن يزيد أحدهما علىٰ الآخر بخمسة أقدام مثلاً .
(٣) في نسخة : (ضيق) .

أَحدُهما : أَنَّ السابقَ هوَ المتقدِّمُ بعُنقهِ ؛ لأَنَّ سَبْقَ الخيلِ هوَ هٰكذا .

والثاني : أَنَّ السابقَ هوَ المتقدِّمُ ببعضِ كَتَدِهِ ؛ لأَنَّ القصدَ مِنْ وصولِ العُنقِ وصولُ البدنِ ، ومَنْ سَبَقَ ببعضِ كتِدِهِ . . فقدْ وصلَ ببدنهِ ، فكانَ أَولىٰ .

فإِنْ قيلَ : فلِمَ قالَ الشافعيُّ : (أَقلُّ السبْقِ أَنْ يسبِقَ بالهادي أَو ببعضهِ ، أَو بالكتدِ أَو ببعضهِ) ، ونحنُ نعلمُ أَنَّ مَنْ سبقَ بأَحدِهما . . فقدْ سَبَقَ الآخَرَ ؟ فأَجابَ أَصحابُنا عَنْ هٰذا بأَجوبةٍ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : أَرادَ إِذا تساوىٰ المركوبانِ بالعُنقِ ، ٱعتُبِرَ السبْقُ بالعُنقِ . وإِنِ ٱختلفا في طولِ العُنقِ . . ٱعتبرَ السبْقُ بالكتدِ ؛ لأَنَّهُ لا يختلفُ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : أَرادَ : إِذا كانتِ المسابقةُ بينَ الخيلِ والإِبلِ . . فيكونُ الاعتبارُ بالتقدُّمِ ببعضِ الكتدِ ؛ لأَنَّ مِنْ عادةِ الخيلِ أَنْ تمدَّ أَعناقَها إِذا عَدَتْ ، ومِنْ عادةِ الإِبلِ أَنْ ترفعَ أَعناقَها .

ومنهُم مَنْ قالَ : أَرادَ بذٰلكَ : بالمسابقةِ في الخيلِ ؛ لأَنَّ منها ما يمدُّ أَعناقَها إِذا عَدَتْ ، ومنها ما يرفعُ أَعناقَها ، فلا يُعتبَرُ السابقُ مِنهما بالعُنقِ ، وإِنَّما يعتبرُ بالكتدِ . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ الثوريُّ : إِذا سَبَقَ أَحدُ الفرسينِ صاحبَهُ بأُذُنِهِ . . حُكمَ لَه بالسَبْقِ ؛ لقولهِ ﷺ : « بُعِثْتُ أَنَا وَالسَّاعَةُ كَفَرَسَيْ رِهَانٍ ، كَادَ أَنْ يَسْبِقَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ بِأُذُنِهِ »[1] .

---

(١) أخرج طرف الحديث عن سهل بن سعد البخاري (٦٥٠٣) في الرقاق ، ومسلم (٢٩٥٠) في الفتن .
وأخرجه عن أنس البخاري (٦٥٠٤) ، ومسلم (٢٩٥١) ، والترمذي (٢٢١٥) بلفظ : « بعثت أنا والساعة كهاتين » . قال في « الفتح » (١١/٣٥٦) : وفي رواية عند ابن جرير : وضم بين أصبعيه الوسطىٰ والتي تلي الإبهام ، وقال : « ما مثَلي ومثَلُ الساعة إلا كفرسي رهان » ، أما شطره الأخير : فلم أره . قال عياض : هو تمثيل لاتصال زمنه بزمنها ، وأنه ليس بينهما شيء كما أنه ليس بينهما أصبع أخرىٰ . وقال القرطبي في « المفهم » : حاصل الحديث تقريب أمر الساعة وسرعة مجيئها . ولفظ (الساعة) علىٰ رواية النصب مفعول معه ، يكون التشبيه وقع بالانضمام ، وعلىٰ الرفع عطف علىٰ ضمير (بعثت) وقع بالتفاوت . قال =

ودليلُنا : أَنَّ الاعتبارَ : هوَ السبقُ بسُرعةِ العَدْوِ ، وقدْ يكونُ أَحدُهما أَسرعَ ، وأُذنُ الآخرِ أَسبَقَ ؛ بأَنْ يرفعَ السريعُ رأسَهُ قليلاً ، والآخرُ يمدُّ عنقَهُ ، فيَسبقُ بأُذُنِهِ . وأَمَّا الخبرُ : فالمقصودُ بهِ ضربُ المثلِ ، وقدْ يُضربُ المثلُ بما لا يكادُ يوجدُ ، كقولهِ ﷺ : « مَنْ بَنَىٰ للهِ مَسْجِداً وَلَوْ كَمَفْحَصِ قَطَاةٍ . . بَنَىٰ اللهُ لَهُ بَيْتاً فِي ٱلْجَنَّةِ »[1] . ولا يمكنُ ذٰلكَ ، أَو نحملُهُ علىٰ الفرسينِ إِذا تساويا في طولِ العُنقِ ومَدِّها .

فرعٌ : [توقف أحد الفرسين] :

فإِنْ عثرَ أَحدُ المركوبينِ أَو وقفَ لِعِلَّةٍ ، فسبقَهُ الآخرُ . . لَم يُحكمْ لَه بالسَّبْقِ ؛ لأَنَّهُ سَبَقَهُ لعلَّةٍ طارئةٍ لا بجودةِ جَريهِ[2] .

= البيضاوي : معناه : أن نسبة تقدم البعثة النبوية علىٰ قيام الساعة كنسبة فضل إحدىٰ الأصبعين علىٰ الأخرىٰ . وهٰذا السباق يفيد قرب الساعة ، وأن أشراطها متتابعة ، كما قال تعالىٰ : ﴿ فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد : ١٨] وأول أشراطها : بعثة سيدنا محمد ﷺ ، والحكمة من ذٰلك : إيقاظ الغافلين ، وحثهم علىٰ التوبة والاستعداد .

(١) أخرجه عن ابن عباس أحمد في « المسند » (١/ ٢٤١) ، والبزار كما في « كشف الأستار » (٤٠٢) ، وذكره الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٢/ ١٠) ، وقال : رواه أحمد ، والبزار ، وفيه جابر الجعفي ، وهو ضعيف . وللحديث شواهد :
فعن عثمان ذي النورين رواه البخاري (٤٥٠) في الصلاة ، ومسلم (٢٩٨٣) م(٤٣ـ ٤٤) في الزهد والرقاق ، بلفظ : « من بنىٰ مسجداً يبتغي به وجه الله . . بنىٰ الله له مثله في الجنة » . قال في « الفتح » (١/ ٦٤٩) : زاد ابن أبي شيبة : « ولو كمفحص قطاة » .
وعن أبي ذر رواه الطيالسي في « المسند » (٤٦١) ، وأبو نعيم في « الحلية » (٤/ ٢١٧) ، وابن حبان .
وعن جابر رواه ابن ماجه (٧٣٨) في المساجد . قال البوصيري في « الزوائد » : هٰذا إسناد صحيح .
وعن أنس رواه الترمذي (٣١٩) في الصلاة ، وأبو يعلىٰ في « المسند » (٤٠١٨) وفي إسناده ضعف .
بنىٰ مسجداً : التنكير للشيوع ، فيشمل الصغير والكبير . **يبتغي به** : يطلب به رضا الله ، والمراد : إخلاص الباني . **مفحص قطاة** : قدر ما تحفره لبيضها وترقد عليه .

(٢) جاء عند الماوردي في « الحاوي » (١٥/ ١٩٩) : ولو كان العاثر هو السابق . . احتسب سبقه ؛ =

وإنْ ماتَ أَحدُ المركوبَيْنِ قبلَ بلوغِ الغايةِ. . بطلَ العقدُ ؛ لأَنَّ العقدَ تعلَّقَ بعينهِ وقدْ فاتَ .

وإنْ ماتَ الراكبُ ، فإنْ قُلنا : إِنَّهُ كالجُعالةِ. . بطلَ العقدُ ، وإنْ قُلنا : إِنَّهُ كالإجارةِ. . لَم يَبطلْ ، وقامَ وَارثُهُ مَقامَهُ .

مسألةٌ : [أقل المناضلة يكون بين اثنين] :

وإنْ كانَ العقدُ علىٰ الرمي. . لَم يَجُزْ بأَقلَّ مِنْ نفْسينِ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ حَذْقِ الراميَيْنِ ، وذٰلكَ لا يُبيَّنُ بأَقلَّ مِنِ ٱثنينِ .

فإنْ قالَ رجلٌ لرجلٍ : ٱرمِ عشرينَ سهماً ، فإنْ كانَ صوابُكَ فيها أَكثرَ مِنْ خطئِكَ فلكَ عليَّ كذا. . فنقلَ المُزنيُّ : (أَنَّهُ لا يجوزُ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهُم مَنْ قالَ : إذا قالَ : ٱرمِ عشرينَ سهماً ، فإنْ كانَ صوابُكَ فيها أَكثرَ مِنْ خطئِكَ فلكَ عليَّ كذا. . صحَّ ذٰلكَ ، فإنْ كانَ صوابُهُ أَحدَ عشرَ مِنْ عشرينَ. . ٱستحقَّ المسمَّىٰ ، ويكونُ ذٰلكَ جُعالةً ؛ لأَنَّهُ شَرطَ لَه عِوضاً بما لَه فيهِ غرضٌ صحيحٌ ، ولا يكونُ نِضالاً . فأَمَّا ما نقلَهُ المُزنيُّ. . فلَهُ تأويلانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ أَرادَ بهِ : إذا قالَ لَه : ناضِلْ نفسكَ ، فإنْ كانَ صوابُكَ أَكثرَ فلكَ كذا. . فلا يصحُّ ؛ لأَنَّهُ لا يناضلُ نفسَهُ .

والتأويلُ الثاني : أَنْ يقولَ : فإنْ كانَ صوابُكَ أَكثرَ فقدْ نضَلتَني. . فلا يصحُّ أَيضاً ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يَنْضُلَهُ إذا لَم يرمِ معَه .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ مثلَ[1] ما نقلَهُ المُزنيُّ ، وأَنَّهُ لا يصحُّ ، وٱختلفوا في تعليلهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : إِنَّما لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ جَعلَ لَه الجُعالةَ علىٰ العشرينَ ، ومنها صوابٌ ومنها خطأٌ ، والخطأُ لا تجوزُ لَه جُعالةٌ .

= لأنه إذا سبق مع العشرة كان بعدها أسبق .

(١) في (م) : (بظاهر) .

وقالَ أبو جعفرَ الأَسْتَراباذيُّ : إِنَّما لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ جَعلَ لَه العِوضَ علىٰ الإصابةِ وهيَ مجهولةٌ ، فلَو قالَ : إنْ أَصبتَ مِنَ العشرينَ عشرةً أَو ٱثني عشرةَ . . صحَّ ذٰلكَ ، وٱستحقَّ المسمَّىٰ بإصابةِ المشروطِ .

والوجهُ الأَوَّلُ أَصحُّ . وقدْ نصَّ الشافعيُّ علىٰ ذٰلكَ في « الأُمِّ » ، فقالَ : (ولَو قالَ : ناضلْ نفسكَ) فأَخلَّ المُزنيُّ[1] بذٰلكَ .

وقولُ مَنْ قالَ : فقدْ نضلتني ، خلافُ ما قالَ الشافعيُّ .

وقولُ مَنْ قالَ : إِنَّهُ جَعلَ الجُعالةَ في مُقابلةِ الخطأ والصوابِ ، فليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما جَعلَهُ في مُقابلةِ إِصابةِ الأَكثرِ دونَ الجميعِ .

وقولُ الأَستراباذيِّ ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ أَكثرَ العشرينَ أَحدَ عشرَ .

فرعٌ : [لا يناضل واحد عن اثنين] :

فلَو قالَ لرجلٍ : ٱرمِ عَنْ نَفْسِكَ عشرةَ أَسهُمٍ وعنِّي عشرةَ أَسهُمٍ ، فمَنْ كانتِ الإِصابةُ في عَددِهِ أَكثرَ فهوَ الناضلُ . . لَمْ يصحَّ ؛ لأَنَّهُ يجتهدُ في نوبةِ نفسِهِ دونَ نوبةِ صاحبِهِ .

مسأَلةٌ : [جواز الجعل من السلطان وغيره] :

وأَمَّا إِخراجُ المالِ في المناضلةِ في الرمْيِ . . فعلىٰ ما ذكرناهُ في إِخراجهِ بالمسابقةِ : يجوزُ أَن يكونَ مِنَ السلطانِ ، أَو مِنْ رجلٍ مِنَ الرعيَّةِ ، أَو مِنْ أَحدِ المتناضلينِ ، أَو منهُما وبينهُما محلِّلٌ مكافىءٌ لهُما .

قالَ الطبريُّ : فإِنْ تناضلَ رجلانِ ، وكانَ المالُ مِنْ أَحدِهما ، فجاءَ رجلٌ إِلىٰ المُخرجِ ، وقالَ : أَنا شريكُكَ فيما بذلتَ ، فإِنْ نضلَ صاحبُكَ غرمتُ معكَ ، وإِنْ نضلتَهُ أَخذتُ منكَ نصفَ ما بذلتَهُ . . لَم يَجُزْ . وهٰكذا : لَو أَخرجا المالَ وأَدخلا بينهُما محلِّلاً ، فجاءَ رجلٌ إِلىٰ أَحدِ هما أَو إِليهِما ، فقالَ : أَنا شريكُكُما في ذٰلكَ ولا أَرمي ،

---

(١) أي : بنقله عن الشافعي .

فإنْ نضلَكما المُحلِّلُ غَرمتُ معكُما نصفَ ما أَخرجتُما ، وإنْ نضلتُماهُ أَخذتُ منكُما النصفَ . . لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّ الَّذي يَغنمُ ويَغرمُ في عقدِ النضالِ مَنْ يرمي ، وهٰذا لا يَرمي .

فرعٌ : [النضال بين الماهر والمخطىء] :

فإنْ كانَ أَحدُ المتناضلينِ كثيرَ الإِصابةِ والآخرُ كثيرَ الخطأ . . فهلْ يصحُّ عقدُ النضالِ بينهُما ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحَدُهُما : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ فضلَ أَحدِهما علىٰ الآخَرِ معلومٌ .

والثاني : يصحُّ ؛ لأَنَّ المناضلةَ تبعثُهُ علىٰ الاجتهادِ في الرمي .

مسأَلةٌ : [مناضلة مختلفي آلة الرمي] :

قالَ الشافعيُّ : (ولا بأسَ أَنْ يناضلَ أَهلُ النُّشَّابِ أَهلَ العربيَّةِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهما إذا عقدا عقدَ النضالِ وأَطلقا ، ولَم يذكُرا قوساً عربيَّةً ولا قوساً عجميَّةً ، فإنْ كانَ في البلدِ نوعٌ مُتعارَفٌ مِنَ القِسيِّ ، إمَّا العربيَّةِ ، أَو العجميَّةِ . . صحَّ العقدُ ، وحُمِلا علىٰ ذٰلكَ النوعِ ، كما قُلنا فيمَنْ باعَ بنقدٍ مطلقٍ ببلدٍ فيهِ نقدٌ غالبٌ . وإنْ لَم يكنْ فيهِ نوعٌ متعارَفٌ . . فذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّهُ يصحُّ ، ويستويانِ في القوسِ ، إمَّا العربيَّةِ ، وإمَّا العجميَّةِ .

وقالَ أَبو العبَّاسِ بنُ القاصِّ : لا بدَّ مِنْ بيانِ القوسِ الَّتي يرميانِ عنها في الابتداءِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يكونُ أَحدُهما أَحذقَ في أَحدِ النوعينِ دونَ الآخرِ . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **وهٰذا أَصحُّ** .

وإنِ ٱتَّفقا علىٰ أَنْ يرميَ أَحدُهما بالعربيَّةِ والآخرُ بالعجميَّةِ . . جازَ ؛ لأَنَّ النوعينِ مِنْ جنسٍ واحدٍ يتقاربانِ ، فإنْ أَرادَ أَحدُهما أَنْ ينتقلَ مِنَ النوعِ الَّذي عيَّنَهُ إلىٰ النوعِ الآخرِ . . لَم يَلزمِ الآخرَ إجابتُهُ إلىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الأَغراضَ تختلفُ ؛ لأَنَّهُ قدْ يكونُ رميُهُ بأَحدِهما أَجودَ مِنْ رميهِ بالنوعِ الآخرِ ، وإنْ عيَّنَ قوساً مِنْ نوعٍ ، وأَرادَ أَنْ ينتقلَ إلىٰ قوسٍ آخرَ مِنْ ذٰلكَ النوعِ . . جازَ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ حِذْقِ الرامي ، وحِذْقُهُ

لا يختلفُ فيما بينَ القوسينِ مِنْ نوعٍ واحدٍ آختلافاً متبايناً ، فإنْ شَرطا في العقدِ علىٰ أنَّهُ لاَ ينتقلُ مِنْ ذٰلكَ القوسِ إلىٰ قوسٍ أُخرىٰ مِنْ ذٰلكَ النوعِ . . فهلْ يصحُّ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، كما قُلنا فيمَنِ آكترىٰ دابَّةً ليركبَها في طريقٍ ولا يُركِبَها مثلَهُ ، ولاَ في مثلِ تلكَ الطريقِ .

وإنْ عقدا النضالَ علىٰ الرميِ بجنسينِ ، بأَنْ يرميَ أَحدُهما بالنبلِ ، والآخَرُ بالحرابِ . . لَم يصحَّ ؛ لأَنَّ فضلَ أَحدِهما علىٰ الآخرِ لا يُعلَم بذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [شروط عقد المناضلة] :

ولا يصحُّ عقدُ النضالِ علىٰ الرمي إلاَّ بشروطٍ :

أَحدُها : أَنْ يكونَ عددُ الرِّشْقِ معلوماً ، وهوَ عددُ ما يرميانِ مِنَ السهامِ ؛ لأَنَّهما إذا لَم يذكُرا عدداً محدوداً . . لَم يُعلَمْ متىٰ ينتهي الرميُ ، ولا يظهَرُ فضلُ أَحدِهما علىٰ الآخرِ .

و(الرِّشقُ) ـ بكسرِ الراءِ ـ : هوَ عددُ الرمي ، ويُسمَّىٰ : الوجهَ ، واليدَ ، والدَّستَ .

وأَمَّا (الرَّشقُ) ـ بفتحِ الراءِ ـ : فهوَ عبارةٌ عَنِ الرميِ نفسِهِ ، يقولُ : رَشَقْتَ رشقاً ، أَي : رَميتَ رَمياً .

الشرطُ الثاني : أَنْ يكونَ عددُ الإصابةِ مِنَ الرِّشقِ معلوماً ؛ ليُعلَمَ تفاضُلُهما ، فإنْ شَرطا أَنْ يصيبَ عشرةً مِنْ عشرةٍ أَو تسعةً مِنْ عشرةٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يصحُّ ؛ لأَنَّهُ قدْ يصيبُ ذٰلكَ ، فهوَ كما لَو شَرطَ إصابةَ ثمانيةٍ مِنْ عشرةٍ .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يندرُ ، فلا يحصلُ المقصودُ .

الشرطُ الثالثُ : أَنْ تكونَ المسافةُ الَّتي بينَ الرامي وبينَ الغَرضِ معلومةً ؛ لأَنَّ الإصابةَ تختلِفُ بالقُربِ مِنَ الغَرضِ والبُعدِ منهُ ، فإنْ كانَ هناكَ غرضٌ معلومُ المدىٰ . . قالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : صحَّ إطلاقُ العقدِ ، ويُحملُ عليهِ ، كما قُلنا في البيعِ بنقدٍ مطلَقٍ ببلدٍ فيهِ نقدٌ غالبٌ .

ولا يجوزُ أَنْ تكونَ المسافةُ مِمَّا لا يصيبُ مثلُهما في مثلِها غالباً ، وإِنَّما يجوزُ في المسافةِ التي يُصيبُ مِثلُهُما في مِثلها غالباً ، وهل يجوزُ في المسافةِ الَّتي يصيبُ مثلُهما في مثلِها نادراً ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ إِصابتَهُما في ذٰلكَ تندرُ ، فلا يحصُلُ المقصودُ .

والثاني : يجوزُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يبعثُهُما علىٰ الاجتهادِ في الرمْيِ .

وقدَّرَ أَصحابُنا ما يصابُ في مثلِهِ بمئتينِ وخمسينَ ذراعاً ؛ لِما رُويَ عَنْ بعضِ أَصحابِ النبيِّ ﷺ : أَنَّهُ قيلَ لَه : كيفَ تقاتلونَ العدوَّ ؟ فقالَ : (إِذا كانوا علىٰ مئتينِ وخمسينَ ذراعاً . . قاتلناهُم بالنَّبْلِ ، وإِذا كانوا علىٰ أَقلَّ مِنْ ذٰلكَ . . قاتَلْناهُم بالرماحِ ، وإِذا كانوا علىٰ أَقلَّ مِنْ ذٰلكَ . . قاتلناهُم بالسيوفِ)[1] . وما لا يصابُ في مثلِهِ ما زادَ علىٰ ثلاثِ مئةٍ وخمسينَ ذراعاً ، وقيلَ : (إِنَّهُ ما رمىٰ إِلىٰ أَربعِ مئَةٍ إِلاَّ عقبةُ بنُ عامرٍ الجُهَنِيُّ)[2] .

وفيما بينَ مَئتينِ وخمسينَ إِلىٰ ثلاثِ مئَةٍ وخمسينَ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ العقدُ عليهِ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** ؛ لأَنَّ الإِصابةَ معتادةٌ فيهِ .

---

(١) أورده عن بعض الصحابة رضي الله عنهم في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨١) بلفظ : (إذا كانوا علىٰ مئتين وخمسين ذراعاً . . قاتلناهم بالسهام ، ثم بالحجارة ، وإذا كانوا علىٰ أَقل من ذٰلكَ . . قاتلناهم بالسيف) ، وعزاه إلىٰ الطبراني ، وأبي نعيم في « المعرفة » من طريق حسين بن السائب بن أبي لبابة ، عن أبيه ، قال : لمَّا كان ليلة بدر . . قال النبي ﷺ لمن معه : « كيف تقاتلون ؟ » ، فقام عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح ، فأخذ القوس ، وأخذ النبل ، فقال : أَيْ رسولَ الله ، إذا كان القوم قريباً من مئتي ذراع أو نحو ذٰلك . . كان الرمي بالقسيِّ ، وإذا دنا القوم حتىٰ تنالهم الحجارة . . كانت المراضخة ، وإذا دنوا تنالهم الرماح . . كانت المداعة حتىٰ تنقصف الرماح ، ثم كانت المجالدة بالسيوف ، فقال النبي ﷺ : « بهٰذا أنزلت الحرب ، من قاتل . . فليقاتل قتال عاصم » . السياق لأبي نعيم ، وكذا أورده في « الإصابة » في ترجمة عاصم بن ثابت (٤٣٤٧) .

(٢) قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٤/ ١٨٢) : قوله رووا : (أنه لم يرم إلىٰ أربع مئة إلا عقبة بن عامر) لم أر هٰذا ، ونقله الماوردي في « الحاوي » (١٩/ ٢٨٠) ، وقال : وهٰذا شاذٌّ في النادر إن صح ، فلا اعتبار به ، ولا يصحُّ العقد عليه .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ الإِصابةَ فيهِ لا توجدُ غالباً .

وإِنْ تناضلاَ علىٰ أَنْ يكونَ السابقُ مَنْ بَعُدَ وُقوعُ سهمِهِ مِنْ غيرِ تحديدِ الغايةِ . . فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ السباقُ إِلىٰ غيرِ غايةٍ محدودةٍ .

والثاني : يجوزُ ؛ لأَنَّ الإِبعادَ في الرمْيِ مقصودٌ ، كالإِصابةِ ، فصحَّ العقدُ عليهِ .

الشرطُ الرابعُ : أَنْ يكونَ قَدْرُ الغَرضِ معلوماً ، إِمَّا بالمشاهدةِ ، أَو بالصفةِ ، وأَنَّهُ شبرٌ أَو أَكثرُ أَو أَقلُّ ؛ لأَنَّ الحاذِقَ يصيبُ الصغيرَ والكبيرَ ، وغيرَ الحاذقِ لا يصيبُ الصغيرَ .

قالَ أصحابنا : و(الغَرضُ) : هوَ ما ينصبُّ في الهدفِ ، وهوَ الترابُ المجموعُ ، أَوِ البناءُ المرتفعُ مِنْ رَقٍّ أَو شَنٍّ[1] أَو قِرطاسٍ . و(الشنُّ) : الجلدُ البالي الذي يُنصبُ .

وقالَ الأَزهريُّ : (القرطاسُ) : ما يُنصبُ في الهدفِ[2] . و(الغرضُ) : ما يُنصبُ في الهواءِ . **والمستحبُّ** : أَنْ يكونَ الرميُ بينَ غرضينِ ، وقد رويَ ذٰلكَ عنِ ٱبنِ عمرَ وأَنسٍ ؛ لأَنَّهُ أَبعدُ مِنَ التنافرِ[3] .

الشرطُ الخامسُ ـ ذكرهُ الشيخُ أَبو إِسحاقَ ـ : أَنْ يكونَ موضعُ الإِصابةِ معلوماً ، بأَنْ يشرطا أَنْ يصيبا الهدفَ أَوِ البناءَ أَوِ الغرضَ أَوِ الدارةَ التي في الغَرضِ ، أَوِ الخاتِمَ التي في الدارةِ ؛ لأَنَّ الغرضَ يَختلفُ بذٰلكَ . قالَ : فإِنْ أَطلقَا . . حُمِلَ علىٰ إِصابةِ الغَرضِ ؛ لأَنَّ المتعارفَ في الرمي إِصابةُ الغرضِ ، فحُمِلَ الإِطلاقُ عليهِ .

الشرطُ السادسُ : أَنْ تكونَ صفةُ الإِصابةِ معلومةً .

قالَ المحامليُّ : وقدْ ذكرَ الشافعيُّ في صفةِ الإِصابةِ أَربعةَ أَوصافٍ ، بأَنْ يقولَ :

---

(١) في نسختين : (جلد) .

(٢) أي : ليرمي . قال في « الزاهر » (ص/ ٥٤٢) : **الهدف** : ما رفع وبني أو نتأ من الأرض .

(٣) **التنافر** : التفرق والتجافي والتباعد .

حوابيَ ، أَو خواصرَ ، أَو خوازقَ ، أَو خواسقَ . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : أَو خواصلَ .

فأَمَّا (الحوابي) : فقالَ المَحامليُّ ، والطبريُّ : هوَ أَنْ يمرَّ السهمُ معَ الأَرضِ ، فيصيبَ الغرضَ . وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : هوَ أَنْ يقعَ السهمُ بينَ يدي الغرضِ ، ثمَّ يحبوَ[1] إِليهِ ، ومنهُ يقالُ : حبا الصبيُّ .

وأَمَّا (الخواصرُ) : قالَ المَحامليُّ : فهوَ السهمُ الَّذي يُصيبُ الغرضَ ولا يُؤَثِّرُ فيهِ ، وسمَّاهُ في « المهذَّبِ » [١/ ٤٢٤] : القرعُ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : الخواصرُ : ما كانَ في جانبي الغَرضِ ، ومنهُ قيلَ : الخاصرةُ ؛ لأَنَّها مِنْ جانبي الإِنسانِ .

وما قالَ المَحامليُّ أَقيسُ ؛ لأَنَّهُ تفسيرٌ لصفةِ الإِصابةِ . وما قالَهُ ٱبنُ الصبَّاغِ تفسيرٌ لموضعِ الإِصابةِ ، وإِنْ كانَ صحيحاً في اللُّغةِ .

وأَمَّا (الخوازقُ) : فهيَ ما أَصابَ الغَرضَ ، وخدشَ فيهِ ، وسقطَ عنهُ ، ولَم يثبتْ فيهِ .

وأَمَّا (الخواسقُ) : فهيَ ما أَصابَ الغَرضَ ، وخدشَ فيهِ ، وثبتَ .

وأَمَّا (الخواصِلُ) : فحكىٰ ٱبنُ الصبَّاغِ عَنِ الأَزهريِّ : أَنَّهُ قالَ : هيَ ما أَصابَ القرطاسَ ، يقالُ : خَصَلْتُ مُناضِلي أَخْصَله خَصْلاً[2] .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وللإِصابةِ أَسماءٌ غيرُ هٰذهِ ، وليستْ مِنْ شَرائِطِ المناضَلةِ ، وهيَ :

(المارقُ) : وهوَ السهمُ الذي ينفذُ في الغَرضِ ، ويقعُ مِنَ الجانبِ الآخَرِ ، ويسمَّىٰ : الصاردَ[3] .

---

(١) في (م) : (يحبيَ) وهي لغة قليلة .

(٢) زاد في « الزاهر » (ص/ ٥٣٩) وخصالاً : إِذا أصابه ، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يرمي فإذا أصاب خصلة قال : (أنا بها) أي : أنا صاحبها وراميها ، **والخصلة** : الإصابة في الرمي . وقال الكميت يمدح رجلاً :

سبقتَ إِلىٰ ٱلخيراتِ كلَّ مناضلٍ ... وأحرزتَ بٱلعشر ٱلوِلاءِ خصالَها

(٣) قال في « الزاهر » (ص/ ٥٣٨) : فإذا أصاب السهم القرطاس أو الشن المنصوب فنفذ منه ومضىٰ ولم يؤثر فيه.. فهو صارد وجمعه صوادر ، **والصرد** : الطعن النافذ . قال المنقري =

و(الخارمُ) : وهوَ السهمُ الَّذي يصيبُ الغرضَ ويقطعُهُ ، ويخرجُ طرفُهُ مِنَ الجانبِ الآخَرِ لا غيرَ .

و(المُزدَلِفُ) : وهوَ السهمُ الَّذي يقعُ علىٰ الأَرضِ دونَ الغَرضِ ، ويَثِبُ إِليهِ[1] .

وذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : أَنَّ المَرْقَ والخَرْمَ كالخَزْقِ والخَسْقِ في وجوبِ بيانهِ في الإِصابةِ .

فرعٌ : [شرط المحاطَّة والمبادرة] :

وهل يُشترطُ في صحَّةِ عقدِ المناضلةِ أَنْ يذكرَ أَنَّ الرميَ محاطَّةٌ أَو مبادرةٌ ؟ فيهِ وجهانِ ، **هٰكذا قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** ، وأَضافَ صاحبُ « المهذَّبِ » [١/ ٤٢٤] الحوابيَ إِلىٰ ذٰلكَ :

أَحدُهما : أَنَّ ذِكرَ ذٰلكَ شرطٌ ، فإِنْ لَم يُذكرْ . . بطلَ العقدُ ؛ لأَنَّ غرضَ الرُّماةِ يختلفُ ، فإِنَّ منهُم مَنْ تكثرُ إِصابتُهُ في ٱبتداءِ الرمي ، ومنهُم مَنْ تكثرُ إِصابتُه في الانتهاءِ .

والثاني : أَنَّ ذٰلكَ ليسَ بشرطٍ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ المناضَلةِ المبادرةُ . . فصحَّ العقدُ مَعَ الإِطلاقِ ، ويُحملُ علىٰ المبادرةِ ؛ لأَنَّهُ مقتضىٰ العقدِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : (فالمحاطَّةُ) : أَنْ يَتَّفقا علىٰ أَنْ يحطَّا ما يتساويانِ فيهِ مِنَ الإِصابةِ ، ويفضلَ لأَحدِهما إِصابةٌ معلومةٌ .

وأَمَّا (المبادرةُ) : فأَنْ يَشترطا إِصابةً معلومةً مِنَ الرَّشقِ ، وأَنَّ مَنْ بدرَ إِليها منهُما كانَ نَاضِلاً .

وحكىٰ ٱبنُ الصبَّاغِ : أَنَّ أَبا يعقوبَ البويطيَّ قالَ : قيلَ في المبادرةِ : هوَ أَنْ يفرِّقا جميعاً سهميهِما ، وأَيُّهما وقعَ سهمُه أَوَّلاً . . بَدَرَ بالسبقِ . **والأَوَّلُ هوَ الصحيحُ** .

= منازل بن زمعة من الوافر :

فمـا بُقْيـا علـيَّ تـرَكتُمـانـي ولكـنْ خفتُمـا صـرَدَ ٱلنبـالِ

(١) يقال : ازدلف السهم إلىٰ كذا : اقترب ، والمزدلف كما قال في « الأم » (٤/ ١٥١) : الذي يصيب الأرض ، ثم يرتفع من الأرض ، فيصيب الشن .

فرعٌ : [شرط من يبدأ الرمي] :

وهل مِنْ شَرطِ صحَّةِ عقدِ المناضلةِ[1] أَنْ يَذكُرا عندَ العقدِ مَنْ يَبدأُ بالرمي ؟ فيهِ وجهانِ ، وحكاهُما ٱبنُ القاصِّ قَولينِ :

أَحدُهما : لا يصحُّ العقدُ حتَّىٰ يُذكَرَ ذٰلكَ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** ؛ لأَنَّهُ ليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخَرِ بالبدايةِ ، وإِذا قدَّمنا أَحدَهما بالقرعةِ . . ٱنكسرَ قلبُ الآخَرِ ، وفسدَ رميُهُ .

والثاني : يصحُّ العقدُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ توابعِ العقدِ .

قالَ المَحامليُّ : **فعلىٰ هٰذا** : إِنْ كانَ السبقُ منهُما . . أُقرعَ بينهُما ، وإِنْ كانَ السبقُ مِنْ أَحدِهما . . كانتِ البدايةُ لَه . وإِنْ كانَ المالُ مِنْ أَجنبيٍّ . . كانَ للمخرِجِ أَنْ يجعلَ البدايةَ لأَحدِهما . وقالَ في « المهذَّبِ » : فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : إِنْ كانَ المالُ مِنْ أَحدِهما . . قُدِّمَ ، وإِنْ كانَ منهُما . . أُقرِعَ بينهُما .

والثاني : يُقرعُ بينهُما بكلِّ حالٍ .

وإِنْ كانَ الرميُ بينَ غَرضينِ ، فبدأَ أَحدُهما مِنْ أَحد الغَرضينِ . . بدأَ الثاني مِنَ الغَرضِ الثاني ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَعدلُ .

وإِنْ كانتِ البدايةُ لأَحدِهما ، فبدأَ الآخَرُ ورمىٰ . . لَم يُعتدَّ لَه إِنْ أَصابَ ولاَ عليهِ إِنْ أَخطأَ ؛ لأَنَّهُ رمىٰ مِنْ غيرِ عقدٍ .

فرعٌ : [موقف الرامي] :

قالَ الشافعيُّ : (وللمبتدىءِ أَنْ يقفَ في أَيِّ مقامٍ شاءَ ، ثمَّ للآخَرِ أَنْ يقفَ مِنَ الغَرضِ الآخَرِ أَيَّ مقامٍ شاءَ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إِذا كانَ الرميُ بينَ غرضينِ ، فٱختلفا : فقالَ أَحدُهما : يقفُ عَنْ يمينِ الغرضِ ، وقالَ الآخرُ : بلْ يقفُ عَنْ يسارِهِ . . فإِنَّ الخِيارَ في ذٰلكَ إِلىٰ مَنْ يَبدأُ

---

(١) المناضلة : المراماة ، ونضل مثل فلج : غلب خصمه .

بالرمْيِ ؛ لأَنَّهُ لا مزيَّةَ بالبدايةِ ، فكانَ لَهُ الاختيارُ في المكانِ . فإذا صارَ إلىٰ الغرضِ الثاني . كانتِ البدايةُ بالرمْيِ والاختيارُ في الوقوفِ في المكانِ إلىٰ الثاني .

فإنْ كانَ النضالُ مِنْ ثلاثةٍ ، فبدأَ أحدُهم . . اقترعَ الآخرانِ ، فمَنْ خرجتْ له القرعةُ . . رمىٰ بعدَ الأوَّلِ ، وكانَ له الخِيارُ في المكانِ .

فرعٌ : [يقبل القول في استدبار الشمس] :

قالَ في « الأمِّ » : (فإنْ طلبَ أحدُهما أنْ يكونا مستقبِلَينِ الشمسَ في حالِ الرمي ، وطلبَ الآخرُ استدبارَها . . أُجيبَ مَنْ طلبَ استدبارَها ؛ لأنَّ العرفَ هٰكذا ، فحُمِلَ الإطلاقُ عليهِ) . فإنْ شرطا في العقدِ أنْ يرمِيا مستقبِلَينِ للشمسِ . . قالَ الشافعيُّ : (حُمِلا علىٰ ذٰلكَ ، كما لو شرطا الرميَ ليلاً) .

مسأَلةٌ : [يرمي الأول ثم الثاني سهماً سهماً علىٰ ما اتفقا] :

قالَ الشافعيُّ : (ويرمي البادئُ السهمَ حتّىٰ يُنْفِذا نَبْلَهُما) .

وجملةُ ذٰلكَ : أنَّ إطلاقَ المناضلةِ تنصرفُ إلىٰ المراسلةِ ، وهوَ أنْ يرميَ أحدُهما سَهماً ، ثمَّ يرميَ الآخرُ سَهماً ، إلىٰ أنْ يستكملاَ عددَ رِشْقِهِما ؛ لأنَّ ذٰلكَ هوَ المتعارَفُ في الرمي ، ولأنَّ الآخرَ يُصلِحُ قوسَهُ إلىٰ أنْ يرميَ الآخرُ ، فكانَ ذٰلكَ أولىٰ .

فإنْ شرطا أنْ يرميَ أحدُهما خمسةَ أسهمٍ ، ثمَّ يرميَ الآخرُ خمسةً ، أو يرميَ أحدُهما جميعَ رِشقِهِ ، ثمَّ يرمي الآخرُ جميعَ رشقهِ . . حُملاَ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ لا يؤثِّرُ في مقصودِ المناضَلةِ .

فإنْ عقدا النضالَ علىٰ أرشاقٍ كثيرةٍ ، فإنْ شرطا أنْ يرميا كلَّ يومٍ أرشَاقاً منها معلومةً . . جازَ ، وحُملاَ عليهِ ، وإنْ أطلقا ذٰلكَ . . جازَ ، وحُمِلاَ علىٰ التعجيلِ ، فيرميانِ مِنْ أوَّلِ النهارِ إلىٰ آخرِهِ ، إلاَّ أنْ يَعرِضَ عذرٌ مِنْ مرضٍ ، أو ريحٍ تُشوِّشُ السهامَ ، أو مطرٍ ؛ لأنَّهُ يُرخي الوترَ ، ويفسدُ الريشَ . وكذٰلكَ : إنْ عرضتِ الحاجةُ إلىٰ الطعامِ والشرابِ ، أو قضاءِ حاجةِ الإنسانِ مِنْ غائطٍ أو بولٍ ، لهُما أو لأحدِهما . . قُطعَ الرميُ لذٰلكَ .

وإذا جَنَّ الليلُ . . قطعا الرميَ ؛ لأَنَّ العادةَ تركُ الرمي بالليلِ ، إلاَّ أَنْ يكونا قدْ شَرطا الرميَ باللَّيلِ ، فإنَّهما يَرميانِ بهِ ، فإنْ كانَ القمرُ منيراً . . كَفىٰ ، وإنْ لَم يكنْ منيراً . . فلا بدَّ أَنْ يكونَ معَهُما شمعةٌ أَو ما أَشبهَها ؛ ليتمكَّنا مِنَ الإصابةِ .

مسأَلةٌ : [اتحادهما في عدد الرميات] :

ولا يجوزُ أَنْ يتفاضلاَ في عددِ الرشقِ ، فيكونَ رِشقُ أَحدِهما ثلاثينَ والآخرِ عشرينَ ، ولا أَنْ يُحتسبَ خَسْقُ أَحدِهما خاسقَيْنِ ، ولا أَنْ تكونَ الشمسُ في وجهِ أَحدِهما دونَ الآخرِ .

ولا يجوزُ أَنْ يختلفا في عددِ الإصابةِ ، ولا في موضِعِها ؛ لأَنَّ المناضلةَ إنَّما تُرَادُ ليُعرفَ بها فضلُ أَحدِهما علىٰ الآخرِ ، فكانتْ موضوعةً علىٰ التساوي .

فرعٌ : [لا يتفاضلان في عدد النبال] :

قالَ الشافعيُّ : (ولا يجوزُ أَنْ ينتضِلَ رجلانِ وفي يدِ أَحدِهما مِنَ النبلِ أَكثرُ ممّا في يدِ الآخرِ) . فتأَوَّلَ أَصحابُنا هٰذا تأويلينِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ أَرادَ باليدِ الرشقَ ، فلا يكونُ رشقُ أَحدِهما أَكثرَ مِنْ رشقِ الآخرِ ، والرشقُ يسمَّىٰ : يداً ، ووَجهاً ، ودَسْتاً .

والثاني : أَرادَ بهِ اليدَ في الحقيقةِ ؛ لأَنَّ بعضَ الرُّماةِ قدْ يَرمي وفي يدِهِ سهمٌ أَو سهمانِ ، فأَرادَ : أَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يَشترطا أَنْ يكونَ في يدِ أَحدِهما مِنَ السهامِ أَكثرُ ممَّا في يدِ الآخرِ ؛ لأَنَّ مَنْ كثُرتْ في يدِهِ السهامُ تشوَّشَ رميُهُ .

فرعٌ : [الشرط الفاسد في المناضلة يبطلها] :

وإذا شَرطا في المناضلةِ أَوِ المسابقةِ شَرطاً فاسداً . . بطلَ العقدُ ؛ لأَنَّهُ كالإجارةِ في أَحدِ القولينِ ، أَو كالجُعالةِ في الآخرِ ، وهُما يبطلانِ بالشروطِ الفاسدةِ ، وهلْ يستحقُّ الناضلُ والسابقُ شيئاً في العقدِ الفاسدِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّهُ لاَ يستحقُّ شيئاً ؛ لأَنَّ عِوضَ المِثلِ إِنَّما يُستَحقُّ في العقدِ الفاسدِ إِذا تلِفتْ منفعةُ العاملِ في نفعِ صاحبِهِ ، وهاهُنا لَم يحصلْ للآخَرِ نفعٌ ، فلَم يَستحقَّ عليهِ عِوضَ المِثلِ .

والثاني : أَنَّهُ يستحقُّ عِوضَ المِثلِ . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ كلَّ منفعةٍ ضُمِنَتْ بالمسمَّىٰ في العقدِ الصحيحِ . . ضُمِنَتْ بعِوضِ المِثلِ في العقدِ الفاسدِ ، كالقراضِ .

مسأَلةٌ : [الشرط الباطل يبطل النضال] :

ولَو قالَ : سَبَّقْتُكَ عشرةً ، علىٰ أَنَّكَ إِنْ نَضَلْتَني أَطعمتَ السبَقَ أَصحابَكَ ، أَو كانَ المالُ منهُما ، وبينَهُما محلِّلٌ ، وشَرطا أَنَّ الناضِلَ يُطعمُ السبَقَ أَصحابَهُ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّ الشرطَ باطلٌ ، والنضالَ باطلٌ) .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : يحتملُ قولاً آخَرَ ، أَنْ يبطلَ الشرطُ ، ويصحَّ النضالُ ، كما قالَ الشافعيُّ ـ فيمنْ قالَ : أَصدقتُكِ أَلفينِ علىٰ أَنْ تعطيَ أَباكِ أَلفاً ـ : (إِنَّ الشرطَ باطلٌ ، والصَّدَاقَ صحيحٌ) ؛ لأَنَّهُ شَرَطَ عليها مالاً يعودُ نفعُهُ إِليهِ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّهُ تمليكٌ شُرِطَ فيهِ شَرطٌ يمنعُ كمالَ التصرُّفِ ، فإِذا بطلَ الشرطُ . . بطلَ العقدُ ، كما لَو باعَهُ شيئاً ، وشَرطَ علىٰ المشتري أَنْ يتصدَّقَ بالمبيعِ ، أَو كما لَو باعَهُ شيئاً ، واَشترطَ عليهِ أَنْ لاَ يبيعَهُ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ قُلنا : يصحُّ النضالُ . . كانَ الناضِلُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يُطعمَ أَصحابَهُ ، أَو لاَ يُطعمَهُم ، وإِذا قُلنا : لاَ يصحُّ النضالُ . . لَم يستحقَّ الناضِلُ المسمَّىٰ ، وهلْ يستحقُّ عِوضَ المِثلِ ؟ علىٰ الوجهينِ في المسأَلةِ قَبلَها .

مسأَلةٌ : [عقد علىٰ إصابة خمسة سهام] :

فإِنْ عُقدَ النضالُ علىٰ عشرينَ رِشْقاً وإِصابةِ خمسةٍ منْها مبادرةً ، فإِنْ أَصابَ أَحدُهما خمسةً مِنْ خمسةٍ ، أَو مِنْ ستَّةٍ ، وأَصابَ الآخَرُ منْها أَربعةً . . فالذي أَصابَ خمسةً هوَ الناضِلُ ، وسقطَ رميُ ما بقيَ مِنَ الرِّشْقِ ؛ لأَنَّ أَحدَهُما قدْ نضَلَ صاحبَهُ .

وإِنْ رَمَيا عشرةً ، فأَصابَ أَحدُهما ثلاثةً ، والآخَرُ أَربعةً ، أَوِ ٱستويا في عددِ الإِصابةِ . . رَمَيا ما بقيَ مِنَ الرشقِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منْهما يرجو أَنْ ينضُلَ صاحبَهُ ، فإِنْ رمىٰ المصيبُ أَربعةً[1] سهماً ، فأَصابَ . . لَمْ يرمِ المصيبُ ثلاثةً ذٰلكَ السَّهْمَ ؛ لأَنَّهُ لا فائِدةَ لَه في رميِهِ ؛ لأَنَّ عليهِ إِصابةَ سهمينِ ، وقدْ بقيَ لَهُ مِنَ الرشقِ سهمٌ[2] .

وإِنْ أَصابَ كلُّ واحدٍ منهُما خمسةً مِنْ خمسةٍ أَو أَكثرَ . . لَم ينضُلْ أَحدُهما صاحبَهُ ؛ لأَنَّ أَحدَهما لَم يَبْدُرْ إِلىٰ عددِ الإِصابةِ ، وسقطَ رميُ ما بقيَ مِنَ الرشقِ ؛ لأَنَّهما قدْ أَصابا العددَ المشروطَ في الإِصابةِ .

وإِنْ شَرطا إِصابةَ خمسةٍ مِنْ عشرينَ رشقاً محاطَّةً ، فإِنْ رمىٰ كلُّ واحدٍ منهُما عشرةً ، وأَصابَ خمسةً . . لَم ينضُلْ أَحدُهما صاحبَهُ ؛ لأَنَّ إِصابتَهُما متساويةٌ ، فتسقطُ إِحداهُما بالأُخرىٰ ، ولا يسقطُ ما بقيَ مِنَ الرشقِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يرجو أَنْ ينضُلَ صاحِبَهُ . وإِنْ أَصابَ أَحدُهما عشرةَ أَسهمٍ مِنْ عشرينَ رشقاً ، [و] أَصابَ الآخَرُ خمسةً مِنْ عشرينَ . . فقدْ نضَلَ المصيبُ عشرةً ؛ لأَنَّ خمسةً تسقطُ بخمسةٍ ، ويبقىٰ له خمسةٌ ، وهوَ العددُ المشروطُ . وإِنْ رمىٰ كلُّ واحدٍ منهُما ستَّةَ عشرَ سهماً ، ولَم يُصِبْ أَحدُهما شيئاً ، أَو أَصابَ كلُّ واحدٍ منهُما سهماً مِنْ سبعةَ عشرَ سهماً ، أَو سهمينِ مِنْ ثمانيةَ عشرَ سهماً . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنْ يَسقُطَ رميُ ما بقيَ مِنَ الرشقِ ؛ لأَنَّهُ لا يرجو أَحدُهما أَنْ ينضُلَ صاحبَهُ ، فلا فائِدةَ في رميِهِ .

وإِنْ رمىٰ أَحدُهما خمسةَ عشرَ ، فأَصابها كلَّها ، وأَصابَ الآخَرُ خمسةً مِنْ خمسةَ عشرَ ، فطلبَ صاحبُ الخمسةِ أَنْ يرميَ باقيَ الرشقِ . . لَم تَجِبْ إِجابتُهُ إِلىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ

---

(١) عبارة المسألة في « المهذب » (١/ ٤٢٥) : وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر ، وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمىٰ البادىء سهماً ، فأصاب . . فقد نضل ، ولا يرمي الثاني ما بقي من رشقه ؛ لأنه لا يستفيد به ولا مساواة ؛ لأن الباقي من رشقه سهم ، وعليه إصابة سهمين ، فإن أصاب كلُّ واحد منهما تسعة من عشرة ، ثم رمىٰ البادىء ، فأصاب . . جازَ للثاني أن يرميَ ؛ لأنه ربما يصيب ، فيساويه . وكلمة (سهماً) : مفعول (رمىٰ) . و(أربعةً) : مفعول لاسم الفاعل : (المصيب) ، وكذا (ذلك) و(ثلاثة) في العبارة بعدها .

(٢) في (م) : (أَسهم) .

لاَ فائدةَ لَه في ذٰلكَ ، لأَنَّ أَكثَرَ ما فيهِ أَنْ يصيبَ صاحبُ الخمسةِ الخمسةَ الباقيةَ لهُ ، ويخطىءَ الآخَرُ فيها ، فيسقطُ عشرةٌ بعشرةٍ ، ويبقىٰ لصاحبِ الخمسة عشرةَ خمسةٌ ، فينضُلُهُ بها .

وإنِ ٱستويا في عددِ الرمي ، وبَدَرَ أَحدُهما إلىٰ إصابةِ العدد المشروطِ قبلَ إكمالِ الرشقِ ، فطالبه الآخرُ بإكمال الرشقِ ، فإنْ كانَ يرجو أَنْ يَنْضُلَهُ ، أَو يساويَهُ ، أَو يمنعَهُ أَنْ يَنْضُلَهُ :

فأَمَّا رجاءُ أَنْ يَنْضُلَهُ : فمثلُ أَنْ يرميَ أَحدُهما عشرةً ، فيصيبَ منها ستَّةً ، ويرميَ الآخَرُ عشرةً ، فيصيبَ منها واحداً ، ويرميَ صاحبُ الواحدِ العشرةَ الباقيةَ ، فيصيبَها كلَّها ، فيكونُ لَه أَحدَ عشرَ ، ويخطىءَ الآخرُ بالعشرةِ الباقيةِ ، فيَسقطُ ستَّةٌ بستَّةٍ ، ويفضلُ للآخَرِ خمسةٌ .

وأَمَّا المساواةُ : فبأَنْ يصيبَ أَحدُهما عشرةً مِنْ خمسةَ عشرَ ، ويصيبَ الآخَرُ خمسةً مِنْ خمسةَ عشرَ ، فربَّما رمىٰ صاحبُ الخمسةِ ما بقيَ مِنَ الرشقِ ، فأَصابَها كلَّها ، وأَخطأَ فيها صاحبُهُ ، فيكونُ لَه عشرةٌ ولصاحبِهِ عشرةٌ .

وأَمَّا منعُهُ أَنْ يَنْضُلَهُ : فبأَنْ يصيبَ أَحدُهما أَحدَ عشرَ مِنْ خمسةَ عشرَ ، ويصيبَ الآخَرُ سهمينِ مِنْ خمسةَ عشرَ ، فربَّما أَصابَ صاحبُ السهمينِ الخمسةَ الباقيةَ ، وأَخطأَ صاحبُهُ فيها ، فيصيرُ معَهُ سبعةٌ ، فإذا سقطَ مِنْ أَحَدَ عشرَ ـ وهيَ إصابةُ صاحبِهِ ـ سبعةٌ . . بقيَ لَه أَربعةٌ ، وهي دونَ العددِ المشروطِ في الإصابةِ .

فمتىٰ رجا واحداً مِنْ هٰذهِ الأَحوالِ . . فهلْ لَه المطالبةُ برمي باقي الرشقِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لَه المطالبةُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ صاحبَهُ قدْ حصلَ لَهُ العددُ المشروطُ مِنَ الإصابةِ بعدَ الحطِّ ، فلا معنىً لإكمالِ الرشقِ ، كما قُلنا في المبادرةِ .

والثاني : أَنَّ لَه المطالبةَ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ لَه فائدةً في ذٰلكَ ، بخلافِ المبادرة ، فإنَّهُ لا فائدةَ لَه في الإصابةِ بعدَ ٱستوائِهما في العددِ المشروطِ .

فرعٌ : [تناضلا علىٰ عشرين وإصابة عشرة] :

لَو تناضلاَ علىٰ رمي عشرينَ رشقاً ، وإصابةِ عشرةٍ منها ، فرمىٰ أَحدُهما ، فأَصابَ سهمينِ ، وأَصابَ الآخَرُ سهمينِ ، فقالَ أَحدُهما للآخَرِ : ٱرمِ هٰذا السهمَ ، فإِنْ أَصبتَ ، فقدْ نضلتني . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ لا يكونُ ناضِلاً لَه إلاَّ أَنْ يَتَّفقا في عددِ الرمي ، ويَنْضُلَهُ في الإِصابةِ .

فإِنْ تفاسخا عقدَ المناضلةِ ، ثمَّ قالَ : إِنْ رميتَ هٰذا السهمَ ، فأَصبتَ ، فلكَ كذا . . جازَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ جُعالةٌ مبتدأَةٌ فيما لَه فيهِ غَرضٌ صحيحٌ ، وهوَ حَثُّهُ لَه علىٰ الرميِ والإِصابةِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وينبغي أَنَّهُ إِذا قالَ : ٱرمِ هٰذا السهمَ ، فإِنْ أَصبتَهُ فلكَ كذا ـ غيرُ المشروطِ بينَهُما ـ ولا يُعدُّ هٰذا السهمُ مِنَ النضالِ الَّذي بينهُما . . أَنْ يجوزَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ خارجٌ مِنَ المناضلةِ . فإِنْ قالَ : ٱرمِ سهماً ، فإِنْ أَصبتَ ، فلكَ كذا ، وإِنْ أَخطأْتَ فعليكَ كذا . . لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ قِمارٌ .

مسأَلةٌ : [صور النضال علىٰ الحوابي] :

إِذا عقدَ النضالَ علىٰ الحوابي ، علىٰ أَنَّ ما كانَ مِنَ الإِصابةِ أَقربَ إِلىٰ الشنِّ أَسقطتِ الإِصابةَ الَّتي هيَ أَبعدُ منْها ، ويفضلُ للناضلِ عددٌ معلومٌ . . جازَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ المحاطَّةَ جائزةٌ ، وهٰذا نوعٌ مِنَ المحاطَّةِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فقدْ ذكرَ الشافعيُّ في هٰذا مسائلَ :

[**الأُولىٰ**] منْها : إِذا رمىٰ أَحدُهما سهماً ، فوقعَ في الهدفِ ، ورمىٰ الآخَرُ خمسةً ، فوقعتْ أَبعدَ مِنْ سهمِ الأَوّلِ ، ثمَّ رمىٰ الأَوَّلُ سهماً ، فوقعَ أَبعدَ مِنَ الخمسةِ . . سقطتِ الخمسةُ بالأَوّلِ ، وسقطَ الذي بعدَ الخمسةِ بالخمسةِ ؛ لأَنَّ الخمسةَ إِلىٰ الغرضِ أَقربُ منهُ .

الثانيةُ : إِذا رمىٰ الأَوَّلُ خمسةً ، فوقعتْ قريبةً مِنَ الشنِّ ، وبعضُها أَقربُ إِلىٰ الشنِّ

مِنْ بعضٍ ، ثمَّ رمىٰ الثاني خمسةً ، فوقعتْ أبعدَ مِنَ الخمسةِ الأُولىٰ . . سقطتِ الخمسةُ الثانيةُ ، وثبتتِ الاولىٰ ، ولَم يُسقطِ الأَقربُ منهُا الأَبعدَ منْها ؛ لأَنَّ الأَقربَ مِنْ رمي أَحدِهما يُسقطُ الأَبعدَ منْ رمي الآخَرِ ، لاَ مِنْ رمي نفسِهِ .

الثالثةُ : إذا رمىٰ أَحدُهما فأَصابَ الهدفَ ، ورمىٰ الآخَرُ فأَصابَ الغَرضَ . . أَسقطتْ إِصابةُ الغرضِ إِصابةَ الهدفِ ؛ لأَنَّ الأَقربَ إِلىٰ الغرضِ يُسقطُ الأَبعدَ منهُ ، فلأَنْ تُسقطَ إِصابةُ الغرضِ ما خرجَ عنهُ أَولىٰ .

الرابعةُ : أَنْ يصيبَ أَحدُهما الغرضَ ، ويصيبَ الآخَرُ العظمَ الَّذي في وسطِ الرُّقعةِ في الغَرضِ ، قالَ الشافعيُّ [في « الأم » (٤/ ١٤٩)] : فمن الرُّماةِ : (مَنْ قالَ : تُسقطُ الإِصابةُ في العظمِ ما كانَ أَبعدَ منها في الغَرضِ) ؛ لأَنَّهُ لمَّا كانَ القريبُ إِلىٰ الشنِّ يُسقطُ ما بَعُدَ منهُ . . كذٰلكَ القريبُ إِلىٰ الرقعةِ يُسقِطُ ما بَعُدَ منْها .

قالَ الشافعيُّ : (**والقياسُ عندي** : أَنْ لاَ يُسقِطَهُ) ؛ لأَنَّ الشنَّ كلَّهُ موضعُ إِصابتِهِ ، فليسَ بعضُ إِصابتهِ أَقربَ مِنْ بعضٍ .

الخامسةُ : قالَ الشافعيُّ : (مِنَ الرُّماةِ مَنْ قالَ : إِنَّهما يتقايسانِ النبلَ ما كانَ منهُ في الوجهِ أَو عاضِداً ، وليسَ هٰذا بقياسٍ . **والقياسُ** : هوَ أَنَّهما يتقايسانِ ما كانَ ساقطاً وعاضداً . وخارجاً)[1] .

وأَرادَ بذٰلكَ : أَنَّ مِنَ الرُّماةِ مَنْ يقولُ : إِنَّهما يتقايسانِ النبلَ ، ويُسقطُ القريبُ منهُ البعيدَ إِذا كانَ ذٰلكَ في وجهِ الشنِّ ، وهوَ ما وقعَ بينَ يدي الغَرضِ وأَسفلَ منهُ ، وهوَ المرادُ بقولهِ : (ساقطاً) .

وقولُه : (عاضداً) : وهوَ ما كانَ مِنْ جانبي الغَرضِ دونَ ما أَصابَ ما جاوزَ الغَرضَ مِنْ فُوقٍ[2] .

---

(١) قال الشافعي في « الأم » (٤/ ١٤٩) : (فالقياس : أن يتقاربوا إلىٰ الشن من قِبل أن الشن موضع الصواب ، وقد رأيت منهم من يقايس بين النبل في الوجه والعواضد يميناً وشمالاً ما لم يجاوز الهدف . . .) . **يقايس** : يقدر .

(٢) **الفوق** : موضع الوتر من السهم ، وهو الغرض المخروز .

وقالَ الشافعيُّ : (ليسَ هٰذا بقياسٍ ، بلِ القياسُ : أَنَّهما يتقايسانِ ما كانَ ساقِطاً وعاضِداً وخارجاً ، فيُسقطُ الأَقربُ منها مِنْ أَيِّ جهاتِ الغَرضِ ما كانَ أَبعدَ منْها) .

السادسةُ : إِذا رميا فأَصابا الهدفَ ، وكانا في القُربِ سواءً إِلىٰ الهدفِ . . قالَ الشافعيُّ : (تناضلاَ) يريدُ : أَنَّهما سواءٌ ، فيَسقُطانِ .

مسأَلةٌ : [النضال بين فئتين] :

ويجوزُ أَنْ يكونَ النضالُ بينَ جهتينِ[١] .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : لا يجوزُ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ لأَحدِهم أَنْ يأخذَ بإِصابةِ غيرِهِ . **والأَوَّلُ هوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ مرَّ بحزبينِ مِنَ الأَنصارِ يتناضلانِ ، فقالَ : « ٱرْمُوا ، وَأَنَا مَعَ ٱلْحِزْبِ ٱلَّذِيْ فِيْهِ ٱبْنُ الأَدْرَعِ » . ولَمْ يُنكرْ عليهِم .

إِذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ أَرادوا التحزُّبَ . . فإِنَّه ينتصبُ لكلِّ حزبٍ رئيسٌ ، ثمَّ يختارُ أَحدُ الرئيسينِ واحداً مِنَ الرُّماةِ ، ثمَّ يختارُ الرئيسُ الآخَرُ واحداً بإِزائِهِ ، ثمَّ يختارُ الأَوَّلُ واحداً ، ثمَّ يختارُ الثاني واحداً ، إِلىٰ أَنْ يستكملَ كلُّ واحدٍ حِزبَهُ ، فإِنِ ٱختلفَ الرئيسانِ فيمَنْ يختارُ أَوَّلاً . . أُقرِعَ بينهُما ؛ لأَنَّهُ لا مزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخَرِ . وإِنْ أَرادوا أَنْ يجعلوا الرئيسَ واحداً في ٱختيارِ الحزبينِ . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ تدخُلُهُ التُّهَمَةُ ، فيختارُ لنفسِهِ الحُذَّاقَ . ولا يجوزُ أَنْ يختارَ أَحدُ الرئيسينِ جميعَ أَهلِ حِزبهِ أَوَّلاً ؛ لأَنَّهُ يختارُ لنفسهِ الحذَّاقَ ، بل يختارُ كلُّ رئيسٍ واحداً علىٰ ما مضىٰ . فإِنْ قالَ أَحدُ الرئيسين : أَنا أَختارُ أَوَّلاً علىٰ أَنْ أُخرجَ السبَقَ ، أَو علىٰ أَنْ يكونَ السبَقُ علىٰ حزبي ، أَو قالَ لصاحبِهِ : ٱخترْ أَوَّلاً ، علىٰ أَنْ يكونَ السبَقُ عليكَ . . لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذكرناهُ مِنْ أَنَّ ذٰلكَ يؤَدِّي إِلىٰ أَنْ يختارَ أَحدُهما لحزبِهِ الحذَّاقَ . فإِنْ عُدِّلَ بينَ الحزبينِ بالقوَّةِ والضعفِ ، ثمَّ ٱقترعَ الزعيمانِ علىٰ الحزبينِ . . لَمْ يصحَّ ؛ لأَنَّ المناضلةَ كالإِجارةِ في أَحدِ القولينِ ، وكالجُعالةِ في الآخَرِ ، وأَيُّهما كانَ . . فلاَ تدخلُهُ القُرعةُ .

---

(١) في (م) : (حزبين) بمعنىٰ جماعتين ، **وتحزَّبوا** : تجمَّعوا .

فرعٌ : [معرفة المتناضلَين لبعضهما شرط] :

قالَ الشافعيُّ : (ولا يجوزُ السبْقُ حتَّىٰ يَعرفَ كلُّ واحدٍ مِنَ المتناضلَيْنِ مَنْ يرمي معَهُ ، بأَنْ يكونَ حاضراً يراهُ أَو غائِباً يعرفُهُ) .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ظاهرُ هٰذا : أَنَّهُ يكفي معرفةُ الزعيمِ لهمْ ، ولا يصحُّ حتَّىٰ يتساوىٰ الحِزبانِ في العددِ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ حِذْقِهم ، فإذا كانَ أَحدُهما أَكثرَ عدداً . . كانَ الفضلُ بكثرةِ العددِ لا بجودةِ الرَّمي ، ويكونُ عددُ الرِّشقِ منقسماً بينَهُم ؛ لأَنَّهُ إِذا لَمْ يكنْ منقسماً عليهِمْ . . بقيَ هناكَ سَهمٌ ، وتنازعوا فيمَنْ يرميهِ . وتُبنىٰ إِصابةُ بعضِ الحِزبِ علىٰ إِصابةِ بعضٍ ، وخطأُ بعضِهم علىٰ خطأِ البعضِ ؛ لأَنَّهم بمنزلةِ الرجلِ الواحدِ .

فرعٌ : [شرط التقديم مفسد] :

وإِنْ شَرطوا أَنْ يكونَ فلانٌ مقدَّماً في الرمي ، وفلانٌ في الحزبِ الآخَرِ معَهُ ، ثمَّ فلانٌ وفلانٌ بعدَهُ . . قالَ الشافعيُّ : (كانَ فاسداً) ؛ لأَنَّ تدبيرَ الحزبِ في البدايةِ إِلىٰ زعيمهِم ؛ ليقدِّمَ مَنْ رأَىٰ تقديمَهُ ، فإذا شَرطوا أَنْ يكونَ ذٰلكَ إِلىٰ ٱختيارِ الزعيمِ الآخَرِ . . كانَ شرطاً ينافي مقتضىٰ العقدِ ، فأَبطلَه .

فرعٌ : [اختيار أحد الزعماء للغريب] :

فإِنْ جاءَ رجلٌ غريبٌ لا يعرفونَهُ ، فٱدَّعىٰ : أَنَّهُ يُحسنُ الرميَ ، فٱختارهُ أَحدُ الرئيسينِ . . نظرتَ :

فإِنْ خرجَ مِنْ أَهلِ الرمي إِلاَّ أَنَّهُ كثيرُ الخطأ ، فقالَ أَهلُ حزبهِ : ظننَّاهُ أَنَّهُ كثيرُ الإِصابةِ . . وقدْ بانَ بخلافهِ ، أَو خرجَ كثيرَ الإِصابةِ ، فقالَ أَهلُ الحزبِ الآخَرِ : ظننَّاهُ قليلَ الإِصابةِ . . لَمْ يُسمعْ ذٰلكَ منهُمْ. قالَ الشافعيُّ : (وكانَ كمَنْ عرفوهُ) ؛ لأَنَّ شرطَ دخولِهِ في العقدِ : أَنْ يكونَ مِنْ أَهلِ الصنعةِ دونَ الحِذْقِ والنقصِ ، كمَنِ ٱشترىٰ عبداً

علىٰ أَنَّهُ كاتبٌ ، فبانَ حاذِقاً فيها أَو ناقصاً . . فإِنَّ ذٰلكَ لا يؤَثِّرُ .

وإِنْ بانَ أَنَّهُ لاَ يحسنُ الرميَ أَصلاً . . بطلَ العقدُ فيهِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ مِنْ أَهلِ العقدِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ويبطلُ العقدُ في محاذِيهِ ؛ لأَنَّا قدْ قُلنا : إِنَّ أَحدَ الزعيمينِ يختارُ وَاحداً ، ويختارُ الآخرُ واحداً ، وهل يبطلُ في الباقي[1] ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ تفريقِ الصَّفقةِ .

فإِذا قُلنا : لا يبطلُ . . ثبتَ للحزبينِ الخِيارُ ؛ لأَنَّ الصفقةَ تفرَّقتْ عليهِم .

وذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : أَنَّ العقدَ يبطلُ في واحدٍ مِنَ الحِزبينِ غيرَ معيَّنٍ .

وهل يبطلُ العقدُ في الباقي ؟ فيهِ طريقانِ :

[**الأَوّلُ**] : من أصحابنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ .

و[**الثاني**] : منهُم مَنْ قالَ : يبطلُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ مَنْ في مقابَلتِهِ لا يتعيَّنُ ، ولا سبيلَ إِلىٰ تعيينهِ بالقُرعةِ .

فإِذا قُلنا : لا يبطلُ ، وتنازعوا فيمَنْ يخرجونَهُ بإِزائهِ . . فُسخَ العقدُ .

فرعٌ : [قسمة الربح بين أحد الحزبين] :

وإِذا تناضلَ حزبانِ ، فنضَلَ أَحدُهما الآخَرَ . . ففي قسمةِ المالِ بينَهُم وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ :

أَحدُهما : يُقسمُ بينهُم بالسويَّةِ ، كما يُقسمُ علىٰ المنضولينَ بالسويَّةِ إِذا ٱلتزموهُ .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ خرجَ فيهمْ مَنْ لَم يُصب . . ٱستحقَّ .

والثاني : يُقسمُ بينهُم علىٰ عددِ إِصابتِهم ؛ لأَنَّهُم ٱستحقُّوا ذٰلكَ بالإِصابةِ ، فإِنْ خرجَ فيهِم مَنْ لَم يُصبْ . . لَم يستحقَّ شيئاً .

---

(١) في (م) : (الباقين) .

فرعٌ : [تفاضل أحد المتناضلين] :

وإذا تناضلاَ فظهرَ لأَحدِهما فضلٌ علىٰ الآخَرِ في الإصابةِ ، فقالَ المفضولُ : ٱطرحْ فضلكَ وعليَّ لكَ دينارٌ . . لَم يَجُزْ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يمنعُ معرفةَ الحاذقِ منهُما ، فإنْ تفاسخا العقدَ ، وعقدا عقداً آخرَ . . جازَ ، وإنْ لَمْ يتفاسخاهُ ، ولكنْ رمَيا تمامَ الرشقِ فتمَّتْ لَهُ الإصابةُ معَ ما أَسقطَهُ . . ٱستحقَّ السبَقَ ، وردَّ الدينارَ إنْ كانَ أَخذَه ؛ لأَنَّهُ لَمْ يملِكْهُ .

واللهُ أَعلَمُ

* * *

بابُ بيانِ الإصابةِ والخطأ في الرمي

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (وإذا تناضلاَ ، فكانَ الشرطُ بينهُما إصابةَ الشنِّ خاصَّةً . . لَم يُعتدَّ لَه إلاَّ بما أَصابَ الشنَّ دونَ ما يصيبُ الجَريدَ والعروةَ والمعاليقَ) .

قالَ المَحامليُّ : و(الشنُّ) : هوَ الجلدُ المنصوبُ للرمي . و(الجَريدُ) : هوَ الطوقُ الَّذي يكونُ حولَ الجلدِ[١] . و(العروةُ) : هيَ الَّتي يعلَّقُ بها ذٰلكَ الطوقُ . و(المعاليقُ) : هيَ الخيوطُ التي تُربطُ بالعروةِ ؛ ليعلَّقَ بها الغَرضُ . و(الغرضُ) : هوَ الشنُّ ، والجريدُ ، والعُرىٰ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ شَرطا إِصابةَ الشنِّ . . لَم يُعتدَّ إلاَّ بإِصابةِ الجلدِ خاصَّةً ، دونَ ما زادَ عليهِ .

وإِنْ كانَ الشرطُ إِصابةَ الغرضِ ، فإِنْ أَصابَ الشنَّ أَوِ الجَريدَ أَوِ العروةَ . . ٱعتدَّ لَه بذٰلكَ ؛ لأَنَّ اسمَ الغرضِ يجمعُ ذٰلكَ كلَّهُ ، وإِنْ أَصابَ المعاليقَ ، وهيَ : الخيوطُ الَّتي يعلَّقُ بها الغرضُ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُعتدُّ لَه بذٰلكَ ؛ لأَنَّهما مِنْ جملةِ الغرضِ ، أَلا ترىٰ أَنَّ المعاليقَ إِذا مُدَّت . . ٱمتدَّ الغرضُ ؟

والثاني : لا يعتدُّ لَه بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ ليسَ مِنْ جملةِ الغرضِ ، وإِنَّما يرادُ لإِمساكِ الغرضِ ، فهيَ كالهدفِ .

مسأَلَةٌ : [ثبوت السهم في الهدف] :

قالَ الشافعيُّ : (وإِنْ كانَ في الشنِّ نبلٌ ، فأَصابَ سهمُهُ فُوقَ[٢] سهمٍ في الشنِّ . . لَم يُحتسبْ ، ورُدَّ عليهِ ، فرمىٰ بهِ) .

---

(١) كذا نقله ابن بطال (١/ ٤٢٣) .

(٢) فوق السهم ـ وزان قُفْل ـ : موضع الوَتَر ، والجمع : أفواق .

قالَ أَصحابُنا : إذا وقعَ سهمُهُ في فُوقِ سهمٍ ثابتٍ في الغرضِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ السهمُ الَّذي في الغَرضِ لَم يغرقْ إلىٰ فُوقهِ ، بلْ باقيهِ خارجٌ . . لَم يُحتسبْ لمَنْ أَصابَ فُوقَهُ ولا عليهِ ؛ لأَنَّ بينَ سهمهِ والغرضِ طولُ السهمِ .

وإنْ كانَ السهمُ الَّذي في الغرضِ قد غَرِقَ فيهِ إلىٰ فُوقهِ ؛ فإنْ كانَ الشرطُ في الإصابةِ مطلقاً . . ٱحتُسبَ لَه بالإصابةِ ، لأَنَّا نعلمُ أَنَّه لولا فُوقُ هٰذا السهمِ لأَصابَ الغرضَ ، وإنْ كانتِ الإصابةُ هيَ الخسقُ . . لَم يُحتَسبْ لَه ولاَ عليهِ ؛ لأَنَّا لا نعلمُ معَ فوقِ هٰذا السهمِ الثابتِ ، هل كانَ يخسقُ ، أَو لاَ ؟

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فإنْ أَصابَ فُوقَ السهمِ ، وسبَحَ علىٰ الشنِّ ، فأَصابَ الغرضَ . . حُسبتْ إصابتُهُ .

فرعٌ : [نقل الريح الغرض] :

إذا رمىٰ إلىٰ الغرضِ ، فنقلتِ الريحُ الغرضَ مِنْ مكانهِ إلىٰ مكانٍ آخَرَ ، فإنْ أَصابَ الغرضَ في مكانهِ الَّذي ٱنتقلَ إليهِ . . حُسبَ عليهِ في الخطأ ؛ لأَنَّ الشرطَ بينهُما الإصابةُ في الموضعِ الأَوَّلِ ، وإنْ أَصابَ الموضعَ الَّذي كانَ فيهِ الغرضُ ، فإنْ كانَ الشرطُ بينهُما الإصابةَ مطلقاً . . حُسبَ لَه ؛ لأَنَّ الغرضَ لَو كانَ مكانَهُ أَصابَهُ . وإنْ كانَ الشرطُ الخواسقَ ، فإنْ كانَ الهدفُ صلباً قوياً . . حُسبَ لَه ؛ لأَنَّهُ لو كانَ الغرضُ بحالهِ . . خَسقَهُ ، وإنْ كانَ[1] تراباً . . لَمْ يُحتَسبْ لَه ولا عليهِ ؛ لأَنَّا لا نعلمُ لَو كانَ الغرضُ هناكَ ، هل كانَ يَخسقُهُ ، أَم لاَ ؟

إذا ثَبتَ هٰذا : فقد قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » : (ولوَ رمىٰ والشنُّ منصوبٌ ، فطرحَهُ الريحُ ، أَو طرحَهُ إنسانٌ قبلَ أَنْ يقعَ سهمُهُ . . كانَ لَه أَنْ يعودَ فيرميَ بذٰلكَ السهمِ ؛ لأَنَّ الرميةَ زالتْ) .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

---

(١) أي : الغرض ، كالهدف .

فذهبَ ٱبنُ القاصِّ إلىٰ : أَنَّ المسأَلةَ علىٰ ظاهِرها ، وأَنَّهُ إِذا أَصابَ مكانَ الغرضِ . . لا يكونُ إِصابةً ؛ لأَنَّ محلَّ الإِصابةِ زالَ .

ومنهُم مَنْ قالَ : أَرادَ الشافعيُّ : إِذا كانَ الشرطُ الخواسقَ ، وكانَ الموضعُ تراباً . علىٰ ما مضىٰ بيانُهُ ، **وهٰذا أَصحُّ** .

قالَ الشافعيُّ : (فإِنِ ٱتَّفقا على أَنْ يرميا الغرضَ في موضعِهِ الثاني . . جازَ ، كما لوِ ٱتَّفقا علىٰ ذٰلكَ ٱبتداءً) .

فرعٌ : [معاونة الريح علىٰ الإِصابة] :

إِذا رمىٰ مفارقاً للغرضِ ، فحملتِ السهمَ ريحٌ خفيفةٌ ، فأَصابَ الغرضَ ، أَو نزعَ نزعاً مقصّراً ليصيبَ معَ مُعَاونةِ الريحِ ، فأَعانتْهُ الريحُ ، وأَصابَ . . ٱحتُسبَ لَه ؛ لأَنَّ ذٰلكَ غايةُ الحِذْقِ في الرمي ، وإِنْ أَخطأَ . . ٱحتُسبَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أَخطأَ بسوءِ رميهِ .

فأَمَّا إِذا رمىٰ وفي الجوِّ ريحٌ عاصفٌ ، فصرفتْ سهمَهُ عنِ الإِصابةِ ، أَو حملتْ سهمَهُ ، فأَصابَ . . لَم يُحتَسبْ عليهِ ولا لَه ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُصبْ بجودةِ رميهِ ، ولا أَخطأَ بسوءِ رميهِ .

وإِنْ رمىٰ مِنْ غيرِ ريحٍ ، فثارتْ ريحٌ بعدَ خروجِ السهمِ ، فحملتْ سهمَهُ ، فأَخطأَ . . لَمْ يُحتَسبْ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أَخطأَ بعارضٍ لا بسوءِ رميهِ ، وإِنْ أَصابَ . . فقدْ قالَ بعضُ أَصحابنا : فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في السهمِ المزدلفِ ، وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : عندي : أَنَّهُ لاَ يُحتَسبُ لَه ، قولاً واحداً .

فرعٌ : [لا تحتسب إلا إِصابة النصل] :

قالَ الشافعيُّ : (إِذا أَصابَ بالقِدْحِ . . لَمْ يُحتَسبْ إِلاَّ ما أَصابَ بالنصلِ) .

قالَ أَصحابُنا : أَرادَ (بالقدحِ) : الفوقَ ، وهوَ : الثلْمةُ في أَسفلِ السهمِ الَّتي يوضعُ فيها الوَتَرُ ، فإِذا أَصابَ بهِ . . لَم يُحْتَسبْ لَه ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ أَسوأ الرمي .

مسألةٌ : [عوارض تعتري الرمي] :

وإنِ ٱنكسرَ القوسُ ، أَوِ ٱنقطعَ الوَترُ ، أَو أَصابتْ يدَهُ ريحٌ ، أَو أَغرقَ[1] السهمُ ، فخرجَ السهمُ مِنَ اليمينِ إلىٰ اليسارِ ، قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لأَنَّ مِنْ شأنِ السهمِ أَنْ يمرَّ علىٰ إبهامِ يسارِهِ ، فإذا زادَ في النزعِ . . عثرَ السهمُ ، فمرَّ علىٰ أَصلِ سبابةِ يسارِهِ ، فإِنْ رمىٰ ، ووقعَ السهمُ دونَ الغَرضِ معَ شيءٍ منْ هٰذهِ العوارضِ . . لَم يُحتَسبْ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أَخطأَ بٱختلالِ الآلةِ لا بسوءِ رميِهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ حكىٰ وجهاً آخرَ : أَنَّ يُحتَسبُ عليهِ بالخطأ في إِغراقِ السهمِ . **والأَوّلُ هوَ المنصوصُ** .

قالَ الشافعيُّ بعدَ هٰذا : (فإِنْ جاءَ السهمُ ، وجازَ مِنْ وراءِ الناسِ . . فهٰذا سوءُ رميٍ وليسَ بعارضٍ ، فلا يردُّ) . وٱختلفَ أَصحابُنا في هٰذا :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : عطفَ بهِ الشافعيُّ علىٰ المسأَلةِ قبلَها ، وهوَ أَنَّهُ إذا عرضَ لَه بعضُ العوارضِ الَّتي ذكرناها ، فلَمْ يقصِّرْ سهمُهُ ، ولكنْ جاوزَ الغَرضَ ولَمْ يُصبْهُ . . ٱعتُدَّ عليهِ بهِ في الخطأ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما لاَ يُحتَسبُ عليهِ بهِ في الخطأ إذا قصَّرَ سهمُهُ دونَ الغرضِ ؛ لأَنَّ العارضَ منعَهُ ، فأَمّا إذا جاوزَ السهمُ الغرضَ . . فإِنَّهُ أَخطأَ بسوءِ رميِهِ لا للعارضِ ؛ لأَنَّهُ لَو كانَ للعارضِ تأثيرٌ . . لمنعَهُ عَنْ بلوغِهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذهِ غيرُ معطوفةٍ عليها ، بلْ هيَ مبتدأَةٌ ، وأَرادَ بهِ : إذا رمىٰ فجاوزَ سهمُهُ الغرضَ ، والناسُ الَّذينَ عندَهُ يشهدونَ الإِصابةَ مِنْ غيرِ عارضٍ . . فإِنَّهُ يُعتدُّ عليهِ بالخطأ ؛ لأَنَّهُ أَخطأَ بسوءِ رميِهِ .

فأَمّا إذا عَرضَ شيءٌ مِنَ العوارضِ الَّتي ذكرناها ، وجاوزَ سهمُهُ الغَرضَ ، وأَخطأَهُ . . فإِنَّهُ لا يُعتدُّ بهِ عليهِ في الخطأ ، كما لَو قصَّرَ سهمُهُ عَنِ الغَرضِ .

وإِنْ أَصابَ الغَرضَ معَ شيءٍ مِنْ هٰذهِ العوارضِ الَّتي ذكرناها . . فهل تُحتَسبُ لَه الإِصابةُ ؟ حكىٰ المَحامليُّ ، وٱبنُ الصبّاغِ فيها وجهينِ :

---

(١) أغرَق النازع في القوس : استوفىٰ قدَّها . والإغراق : المبالغة في تمغيط القوس . والاستغراق : الاستيعاب .

[الأَوَّلُ] : علىٰ قولِ أَبي إِسحاقَ : يُعتدُّ لَه بهِ ؛ لأَنَّهُ لمَّا ٱعتُدَّ عليهِ بالخطأ عندَ مجاوزةِ السهمِ الغَرضَ . . ٱعتدَّ لَه بالإِصابةِ .

و[الثاني] : علىٰ قولِ غيرِهِ مِنْ أَصحابِنا : لا يعتدُّ لَه بالإِصابةِ ؛ لأَنَّهُ لمَّا لَم يُعتدَّ عليهِ بالخطأ . . لَم يُعتدَّ عليهِ بالإِصابةِ .

وذكرَ في « المهذَّبِ » [١/٤٢٧] : أَنَّه يعتدُّ لَه بالإِصابةِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ الإِصابةَ معَ ٱختلالِ الآلةِ أَدَلُّ علىٰ حِذْقهِ .

فرعٌ : [ٱنكسار السهم] :

وإِنِ ٱنكسرَ السهمُ ، فوقعَ دونَ الغرضِ . . لَم يُحتَسبْ عليهِ بالخطأ ؛ لأَنَّه أَخطأَ بعارضٍ لا بسوءِ رميهِ .

وإِنْ أَصابَ بالنصلِ . . ٱحتسبَ لَه بهِ في الإِصابةِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَدلُّ علىٰ حِذقِهِ . وإِنْ أَصابَهُ بفُوقهِ أَو عرضهِ . . لَم يُحتَسبْ لَه ولا عليهِ ؛ لأَنَّه لَمْ يُخطىء بسوءِ رميهِ ، وإِنَّما أَخطأَ بٱختلالِ[1] الآلةِ .

فرعٌ : [حدوث عارض رَدَّ السهم] :

وإِنْ عَرضَ دونَ الغَرضِ عارضٌ ، مِنْ إِنسانٍ أَو بهيمةٍ ، فإِنْ ردَّ العارضُ السهمَ ، ووقعَ دونَ الغَرضِ . . لَم يُحتَسبْ عليهِ في الخطأ ؛ لأَنَّه لَم يُخطىء بسوءِ رميهِ ، وإِنْ وقعَ السهمُ في العارضِ ، ثمَّ جاوزَ السهمُ الغرضَ ولَم يصبْهُ . . فهلْ يحتسبُ عليهِ في الخطأ ؟ فيهِ وجهانِ ، ذكرناهما في ٱنكسارِ القوسِ وٱنقطاعِ الوترِ :

[الأَوَّلُ] : قالَ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » [١/٤٢٨] : يُحسبُ عليهِ .

و[الثاني] : قالَ غيرُهُ مِنْ أَصحابِنا : لا يُحتَسبُ عليهِ .

وإِنْ نَفَذَ السهمُ في العارضِ وأَصابَ الغَرضَ . . فهلْ يحتسبُ لَه في الإِصابةِ ؟ قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (بسوء) .

[أَحدُهما] : إِنْ قُلنا : يُحتَسبُ عليهِ بالخطأ إِذا جاوزَ الغَرضَ . . ٱحتُسبَ لَه بالإِصابةِ .

و[الثاني] : إِنْ قُلنا : لا يُحتَسبُ عليهِ بالخطأ عندَ مجاوزةِ الغَرضِ . . لَم يُحتَسبْ لَه بالإِصابةِ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : يُحتَسبُ لَه بالإِصابةِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ إِصابتَهُ مَعَ العارضِ أَدَلُّ علىٰ حِذْقِهِ .

وإِنْ رمىٰ بسهمٍ ، فٱزدلفَ ووقعَ في الغَرضِ وأَصابَهُ ؛ بأَنْ يقعَ في الأَرضِ دونَ الغَرضِ ، ثمَّ يقومَ مِنَ الأَرضِ إِلىٰ الغَرضِ . . فهل يحتسبُ لَه بالإِصابةِ ؟ مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ وجهانِ ، ومنهُم مَنْ قالَ : هُما قولانِ :

أَحدُهما : يحتَسبُ لَه بالإِصابةِ ؛ لأَنَّه أَصابَ الغَرضَ بنصلِ السهمِ ، فهوَ كما لَو لَم يزدلفْ سهمُهُ .

والثاني : لا يُحتَسبُ لَه في الإِصابةِ ؛ لجوازِ أَنْ تكونَ الإِصابةُ بٱزدلافِ السهمِ في الأَرضِ وٱضطرابهِ ، لاَ بجودةِ الرمي .

قالَ المَحامليُّ : **فعلىٰ هٰذا** : لا يُحتَسبُ لَه في هٰذا الرمي ولا عليهِ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ المَروَزيُّ : يُحتمَلُ أَنْ يكونَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ : فإِنْ كانتِ الأَرضُ أَعانتْ . . لَم يُحتَسبْ لَه ، وإِنْ لَم تكنْ أَعانت . . ٱحتُسبَ لَه .

وإِن ٱزدلفَ سهمُهُ ، فأَخطأَ . . قالَ المَحامليُّ : ٱحتُسبَ عليهِ بالخطأ ؛ لأَنَّ الازدلافَ مِنْ سوءِ الرمي والخطأ فيهِ . وحكىٰ صاحبُ « المهذَّبِ » فيهِ وَجهينِ :

أَحدُهما : يحتَسبُ عليهِ فيهِ بالخطأ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

والثاني : لا يُحتَسبُ عليهِ فيهِ ؛ لأَنَّ الأَرضَ[1] تشوِّشُ الرميَ ، وتزيلُ السهمَ عَنْ سَنَنِهِ ، فإِذا أَخطأَ . . لَم يكنْ ذٰلكَ بسوءِ رميهِ .

(١) في « المهذب » (١/ ٤٢٨) : العارض ؟ ولعلها الصواب .

مسأَلةٌ : [يحتسب خاسقاً إذا خرق] :

قالَ الشافعيُّ : (ولَو تَشارَطا الخواسقَ . . لَم يُحتَسبْ لَه خاسِقاً حتَّىٰ يَخرِقَهُ فيتعلَّقَ بنصلِهِ) **وجملةُ ذٰلكَ** : أنَّه إِذا كانَ الشرطُ بينهُما الخواسقَ ، فإِنْ أَصابَ السهمُ الغَرضَ وثَقَبَهُ وثبتَ فيهِ . . حُسبَ لَه في الإِصابةِ ؛ لأَنَّ هٰذا هوَ الخاسقُ ، وإِنْ خدشَهُ ولَم يَثقبْهُ . . ٱحتُسبَ عليهِ في الخطأ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَخسقْ ، وإِنْ ثقبَهُ وسقطَ عنهُ ولَم يَثبتْ فيهِ ، فهل يُحتَسبُ لَه خاسقاً ؟ فيهِ قولانِ ، قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ومِنْ أَصحابِنا مَنْ يقولُ : هُما وجهانِ :

أَحدُهما : يعتدُّ لَه بهِ في الإِصابةِ ؛ لأَنَّهُ قد خرقَهُ ، والخسقُ والخرقُ واحدٌ[1] ، ولعلَّهُ لَم يَثبُتْ فيهِ لسعةِ الثقبِ .

والثاني : لا يُحتَسبُ لَه فيهِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما مخالفٌ للآخَرِ في الاسمِ والمعنىٰ ، والخسقُ أَعلىٰ مِنَ الخرقِ .

فعلىٰ هٰذا : يُحتَسبُ عليهِ فيهِ بالخطأ . وإِنْ كانَ الشرطُ بينهُما الإِصابةَ مطلقاً فأَصابَ وخرقَ أَو خسقَ أَو خرمَ أَو مرَقَ . . ٱحتسبَ لَه في الإِصابةِ ؛ لأَنَّ الإِصابةَ توجدُ في هٰذهِ الأَنواعِ .

فرعٌ : [اشتراط الخسق] :

وإِنْ كانَ الشرطُ بينهُما الخسقَ ، فأَصابَ أَحدُهما الغَرضَ وكانَ مُلصَقاً بالهدفِ ، فسقطَ عنهُ السهمُ ولَم يثبتْ فيهِ ، وٱدَّعىٰ الرامي أَنَّهُ قدْ خسقَ وإِنَّما لَم يَثبُتْ سهمُهُ لغلطٍ لقيَهُ مِنْ نواةٍ أَو حصاةٍ أَو ما أَشبهَ ذٰلكَ ، وقالَ المصابُ عليهِ : إِنَّما لَم يَثبُتْ سهمُكَ لسوءِ رميكَ ، لاَ لمَا ذَكرتَ ، فإِنْ عُلِمَ موضعُ الإِصابةِ بٱتِّفاقِهما ، أَو بقيامِ البيِّنةِ عليهِ . . نظرتَ :

---

(١) قال الأزهري في « الزاهر » (ص/ ٥٣٧) : السهام التي ترمي بها فهي : الخاسق والخازق وهما معاً المقرطس الذي أصاب القرطاس أو الشن خرقة أي ثقبه . **والخرق** : الثقب . وقيل : غير ذٰلك .

فإنْ لَم يكنْ في الغَرضِ ما يمنعُ ثبوتَ السهمِ وقد خرقَهُ . . ففيهِ قولانِ بناءً علىٰ أَنَّ الخارقَ هل يُحسبُ خاسقاً ؟ فإنْ قُلنا : يُحسبُ لَه . . فلا كلامَ . وإنْ قُلنا : لا يُحسبُ لَه . . حُسبَ عليهِ في الخطأ .

وإنْ عُلِمَ موضعُ الإصابةِ ، وكانَ فيهِ ما يمنعُ مِنْ جريِ[1] السهمِ مِنْ نواةٍ أَو حصاةٍ ، وقدْ خرقَ إِلىٰ أَنْ يبلغَ إِلىٰ المانعِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ الخارقَ يُحسبُ خاسقاً . . حُسبَ لَه في الإصابةِ . وإنْ قُلنا : لا يُحتسبُ الخارقُ خاسقاً . . لَم يُحسبْ عليهِ في الخطأ ؛ لأَنَّهُ إنَّما لَم يَخسقْ للعارضِ ، لاَ لسوءِ رميهِ .

وإنْ عُلِم موضعُ الإصابةِ ولاَ مانعَ فيهِ ، ولا خرقَهُ الرامي . . حُسبَ عليهِ في الخطأ ، ولاَ يمينَ علىٰ المصابِ عليهِ ؛ لأَنَّ ما آدَّعاهُ الرامي غيرُ ممكنٍ .

وإنْ كانَ هناكَ مانعٌ ، فقالَ الرامي : لَم يخرقْ سهمي للمانعِ ، وقالَ المصابُ عليهِ : لَم يخرقْ سهمُكَ لسوءِ رميكَ لا لمانعٍ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

أَحدُهما : القولُ قولُ الرامي معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ المانعَ يَشهدُ لَه .

والثاني : القولُ قولُ المصابِ عليهِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الخَسقِ .

وإنْ لَم يُعلَمْ موضعُ الإصابةِ : فإنْ فُتِّشَ الغرضُ ولَم يوجدْ وراءَهُ حصاةٌ ، ولا نواةٌ تمنعُ الخسقَ . . فالقولُ قولُ المصابِ عليهِ بغيرِ يمينٍ ؛ لأَنَّ ما يدَّعيهِ الرامي غيرُ ممكنٍ ، ويحسبُ علىٰ الرامي بالخطأ . وإنْ وُجدَ بعدَ الغرضِ ما يمنعُ مِنَ الثبوتِ . . فالقولُ قولُ المصابِ عليهِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ ما يدَّعيهِ الرامي ممكنٌ ، فلذٰلكَ حلفَ المصابُ عليهِ .

فرعٌ : [إصابة الخرق وثبوته فيه] :

قالَ الشافعيُّ : (وإنْ كانَ الشنُّ بالياً ، فأَصابَ موضعَ الخرقِ ، فغابَ في الهدفِ . . فهوَ مصيبٌ) .

---

(١) في (م) : (ثبوت) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إِذا كانَ الشرطُ بينهُما الخواسقَ ، فوقعَ السهمُ في موضعٍ مِنَ الغَرضِ قد خَلِقَ وبليَ ، أَو ثُقبةٍ كانتْ فيهِ ، وثبتَ في الهدفِ ، فإِنْ كانَ الهدفُ قويّاً مثلَ صلابةِ الشنِّ ، بأَنْ يكونَ بناءً أَو طيناً يابساً وما أَشبههُ . . ٱحتُسبَ لَه فيهِ ؛ لأَنَّا نَعلمُ أَنَّ السهمَ لَو وقعَ في الغَرضِ لخسقَهُ . وهٰذا مرادُ الشافعيِّ .

وإِنْ كانَ الهدفُ تراباً أَو طيناً رطباً . . لَم يُعتدَّ لَه بهِ ؛ لأَنَّا لاَ نعلمُ لَو أَصابَ الغَرضَ ، هلْ كانَ يثبتُ أَمْ لا ؟ ولاَ يُحتَسبُ عليهِ بهِ في الخطأ أَيضاً ؛ للاحتمالِ فيهِ .

وإِنْ كانَ الشرطُ الخسقَ ، فأَصابَ طرفَ الشنِّ وخرقَهُ وثبتَ مكانَهُ ، فحصلَ الشنُّ مِنْ أَحدِ جانبِي السهمِ والجانبُ الآخَرُ فارغٌ . . ففيهِ قولانِ ، حكاهُما المزنيُّ في « المختصرِ » :

أَحدُهما : لا يعتدُّ لَه بهِ ؛ لأَنَّ الخاسقَ هوَ الذي يثبتُ في الغَرضِ ، ويحيطُ الغرضُ بجميعِ السهمِ ، والغرضُ هاهُنا لا يحيطُ بجميعِ السهمِ ، فلَم يعتدَّ بهِ خاسقاً .

والثاني : يعتدُّ لَه بهِ .

قالَ المحامليُّ : **وهوَ الأَشبهُ** ؛ لأَنَّ الخاسقَ هوَ الَّذي يصيبُ الغَرضَ ويثبتُ فيهِ وقدْ وُجدَ ذٰلكَ .

فرعٌ : [المروق في الغرض خسق] :

وإِنْ كانَ الشرطُ الخسقَ ، فرمىٰ أَحدُهما فوقعَ في الغَرضِ ومَرقَ[1] منهُ . . قالَ الشافعيُّ : (كانَ عندي خاسقاً) قالَ : (ومِنَ الرُّماةِ مَنْ لاَ يحتسِبُهُ إِذا لَم يَثبتْ فيهِ) .

---

(١) **مرق السهم من الرمية** : خرج من الجانب الآخر . ومنه سميت الخوارج مارقة لقوله ﷺ : « يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية » .

ومن طريف ما ذكره الشيرازي في « المهذب » (١/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨) : حكي أن الكسعي كان رامياً ذات ليلة فرأىٰ ظبياً فرمىٰ فانفذه وخرج السهم فأصاب حجراً وقدح فيه ناراً فرأىٰ ضوء النار ، فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع إبهامه فلما أصبح رأىٰ الظبي صريعاً قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت به العرب مثلاً قال الشاعر من الوافر :

نــدمــت نــدامــة الكسعــي لمَّــا ... رأتْ عينــاه مــا صنعــت يــداه=

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فمنهُم مَنْ قالَ : هوَ خاسقٌ قولاً واحداً ، وإِنَّما حكىٰ الشافعيُّ مذهبَ غيرِهِ ؛ لأَنَّهُ قدْ وُجِدَ فيهِ الخَسقُ وزيادةٌ .

ومنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُعتدُّ بهِ خاسقاً ؛ لمَا ذكرناه .

والثاني : لا يُعتدُّ لَه بهِ ؛ لأَنَّ المقصودَ بالمناضلةِ أَنْ يُعلَمَ حذْقُ الرامي وحسنُ رميهِ ، والخسقُ فيهِ ضربٌ مِنَ الحِذْقِ وهوَ أَنْ ينزعَ نزعاً يعلمُ أَنَّ سهمَهُ يثبتُ في الغَرضِ ، ولا يزيدُ عليهِ ، فإِذا مرقَ ، لَم يوجدْ هٰذا المعنىٰ ، ولَم يعدَّ مصيباً .

قالَ في « الأُمِّ » [٤/ ١٥٠] : إِذا كانَ الشرطُ الخواسقَ ، فرمىٰ أَحدُهما ، فوُجدَ السهمُ في ثقبةٍ مِنَ الغَرضِ ، وهوَ ثابتٌ في الهدفِ معَ جُليدةٍ مِنَ الغرضِ ، فقالَ الرامي : خَسقْتُ ، ولشدَّةِ الرمي قطعتُ هٰذهِ الجُليدةَ ، وثبتَ في الهدفِ ، فأَنكرَ الآخَرُ ، وقالَ : بلْ كانَ في الغرضِ ثقبةٌ وفيها هٰذهِ الجُليدةُ ، فوقعَ سهمُكَ في الجُليدةِ . . فالقولُ قولُ المصابِ عليهِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الخسقِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا ـ كما قدَّمنا في المسأَلةِ قبلَها ـ إِنْ كانَ الهدفُ رِخواً . . لَم يثبُتْ كونُهُ خاسقاً ، وإِنْ كانَ صُلباً . . كانَ خاسقاً . وأَرادَ : إِذا كانَ الهدفُ رِخواً . . فالقولُ قولُ المصابِ عليهِ معَ يمينهِ . وإِنْ كانَ صُلباً . . حُكمَ للرامي بالخسقِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لمَا قدَّمناهُ .

= واسم الكسعي قيل : محارب بن قيس ، أو عامر بن الحارث ومن قوله :

ندمت ندامة لو أن نفسي ... تطاوعني إذن لقطعت خمسي
تبين لي سفاه الرأي مني ... لعمر أبيك حين كسرت قوسي

ولهٰذا قيل من البسيط :

قد يدرك المتأني بعض حاجته ... وقد يكون مع المستعجل الزللُ

مسأَلةٌ : [ما يبطل المناضلة] :

وإِنْ ماتَ أَحدُ المتناضلينِ ، أَو ذهبتْ يدُهُ . . بَطَلتِ المناضلةُ ؛ لأَنَّ المقصودَ معرفةُ حِذْقِهما ، وقد فاتَ ذٰلكَ .

وإِنْ مرضا ، أَو أَحدُهما ، أَو رَمِدَتْ عينُهُ . . لَم يَبْطلِ العقدُ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ ٱستيفاءُ ذٰلكَ بعدَ زوالِ العُذرِ ، ويحتملُ أَنْ يثبتَ للآخَرِ الخِيارُ في فسخِ العقدِ ؛ لأَنَّه تأَخَّرَ المعقودُ عليهِ[1] .

وإِنْ أَرادَ أَحدُهما أَنْ يفسخَ العقدَ ، أَو يجلسَ عَنِ الرمي ، وكانَ العِوضُ منهُما ، وبينهُما محلِّلٌ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّه كالإِجارةِ . . لَم يصحَّ فسخُهُ ، وأُجبرَ الممتنعُ منهُما عن الرمي بالحبسِ والتعزيرِ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّه كالجُعالةِ ، فإِنْ كانَ قبلَ الرمي أَو بعدَ الرمي ، وهُما متساويانِ في الإِصابةِ . . صحَّ الفسخُ ، ولَم يُجبرِ الممتنعُ عَنِ الرمي .

فإِنْ كانَ أَحدُهما قدْ ظَهرَ لَه فضلُ إِصابةٍ ، فإِنْ كانَ الَّذي فسخَ أَوِ ٱمتنعَ مِنَ الرمي هو الفاضلُ . . صحَّ فسخُهُ ، ولَم يُجبرْ علىٰ الرمي ، وإِنْ كانَ الفاسخُ أَوِ الممتنعُ هوَ المفضولُ ، فهل يصحُّ فسخُهُ ، ولا يُجبرُ علىٰ الرمي ؟ فيهِ وجهانِ مضىٰ ذكرُهما في أَوَّلِ البابِ .

وإِنْ شَرطا أَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما يجلسُ عَنِ الرمي أَيَّ وقتٍ شاءَ ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ في حالِ العقدِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّ العقدَ لازمٌ . . بَطَلَ الشرطُ والعقدُ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّه كالجُعالةِ . . لَم يَبطلِ العقدُ ؛ لأَنَّهُ شَرطَ ما هوَ مِنْ مقتضىٰ العقدِ .

وَإِنْ كانَ هٰذا الشرطُ بعدَ العقدِ . . لَم يَبطلِ العقدُ ، قولاً واحداً ، كما لَو شَرطا في البيعِ شرطاً باطلاً بعدَ العقدِ وٱنقضاءِ الخيارِ[2] .

---

(١) في « المهذب » (١/ ٤٢٩) : فملك الفسخ كما يملك في الإجارة .

(٢) في (م) : (بطل العقد وانقضىٰ الخيار) .

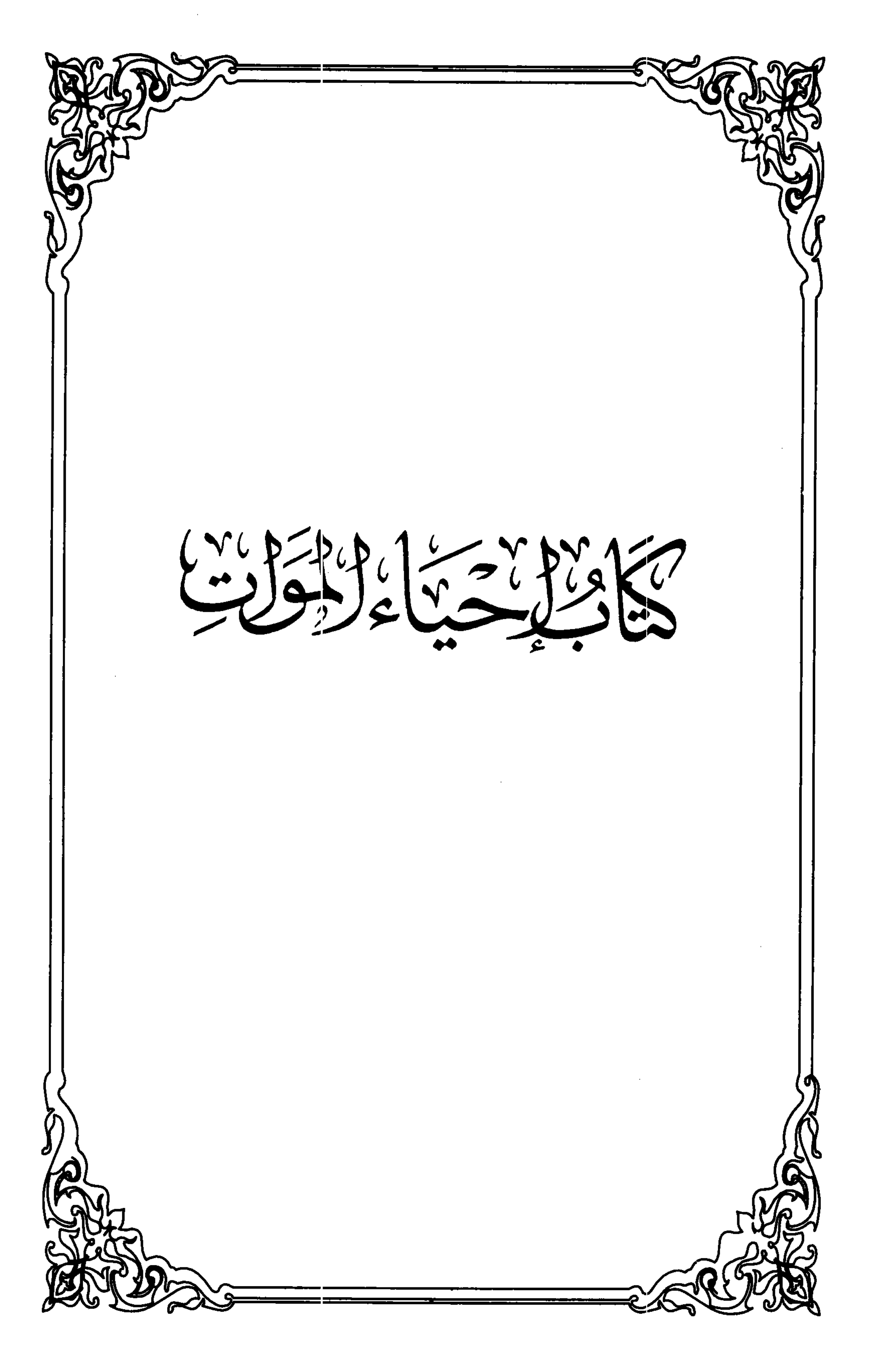
مسأَلةٌ : [لا يعجل أحد المتناضلين صاحبه] :

وإذا رمىٰ أَحدُ المتناضلينِ فأَصابَ. . فليسَ للمصيبِ أَنْ يعجِلَ صاحبَهُ في الرمي ويدهشَهُ ؛ لأَنَّه ربَّما أَخطأَ معَ العجلةِ . وليسَ للمصابِ عليهِ أَنْ يطوِّلَ إرسالَهُ ، فيمسحَ قوسَهُ وسهمَهُ ، ويمدَّ مدّاً طويلاً ، يقصدُ بذٰلكَ تبريدَ يدِ المصيبِ ؛ ليَنسىٰ القصدَ الَّذي أَصابَ بهِ ، ويقالُ لَه : لاَ نكلِّفُكَ أَنْ ترميَ علىٰ عجلةٍ ، ولا يجوزُ أَنْ تطوِّلَ لتضرَّ بصاحبِكَ ، ولٰكنِ ٱرمِ علىٰ حَسَبِ العادةِ . وليسَ للمصيبِ أَنْ يفتخرَ في إِصابتهِ ، ويتبجَّحَ فيها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يغيظُ صاحبَهُ ويدهشُهُ .

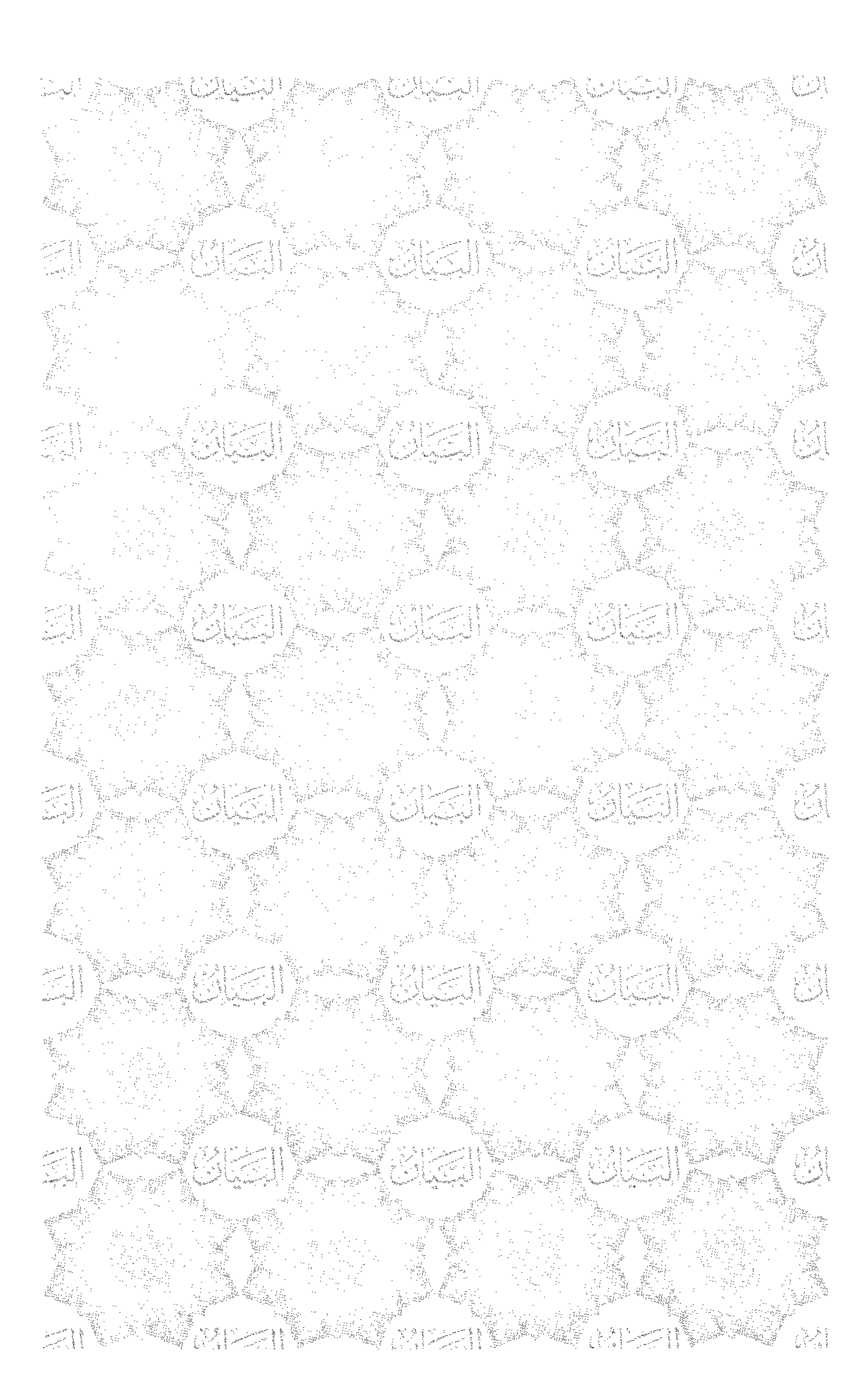
ويُستحبُّ أَنْ يكونَ عندَ الغَرضِ شاهدانِ ليَشهدا الإصابةَ والخطأَ ، ويُخبرا بها ، وليسَ للشاهدِ أَنْ يمدحَ المصيبَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يغيظُ صاحبَهُ ، ولا يَذمَّ المخطىءَ ؛ لأَنَّه إِنَّما ٱستُحِبَّ كونُهُ هنالكَ للشهادةِ ، لاَ للمدحِ والذمِّ .

وبالله التوفيقُ

* * *



كتاب إحياء الموات



كتاب إحياء الموات(١)

يجوزُ إحياءُ الموَاتِ وتملُّكُهُ بذٰلكَ ؛ لِمَا رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »(٢) .

ورويَ : « لعرقِ ظالمٍ » بإضافةِ العرقِ إلىٰ ظالمٍ .

وروىٰ سَمُرَةُ بنُ جُنْدُبٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً علىٰ أَرْضٍ . . فَهِيَ لَهُ »(٣) وأَرادَ بهِ في المَواتِ .

---

(١) الموات : الأرض التي لا ماء لها ولا مالك ولا ينفع بها أحد من الآدميين إلا أن يجري إليها ماء أو يستنبط فيها عيناً أو يحفر بئراً . وقال الماوردي والروياني : حدُّ الموات ـ عند الشافعي ـ ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر قرب من العامر أو بعُدَ . ومَوَاتٌ ومَيتةٌ ومَوَتان ـ بفتح الواو ـ : كلُّ شيء من متاع الأرض لا روح له ، وشبهت العمارة بالحياة ، وتعطيلها بفقد الحياة .
وفي (م) : (باب إحياء الموات) .

(٢) سلف ، وأخرجه عن عروة مرسلاً مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٤٣) في الأقضية ، وأبو عبيد في « الأموال » (٧٠٤) في إحياء الأرضين ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٤٣) في إحياء الموات . وفي الباب :
عن عائشة وابن عمر ، وسعيد بن زيد ، وأنس ، وعمرو بن عوف ، وجابر ، وفضالة بن عبيد . قال ابن كثير في« إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٨) : وهٰذا عام في المسلمين ، وأما الكفار: فإنهم لا يملكون الإحياء في دار الإسلام .

(٣) أخرجه عن سمرة بن جندب أبو داود (٣٠٧٧) و(٣٠٧٨) في الخراج ، والطيالسي في « المسند » (٩٠٦) ، وأحمد في « المسند » (٥/ ١٢) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (١٠١٥) ، والطبراني في « الكبير » (٧/ ٢٥٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٤٨) في إحياء الموات . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧١) : من حديث الحسن عنه ، وفي صحة سماعه منه خلاف ، ورواه عن جابر من طريق سليمان اليشكري عبد بن حميد .

ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « عَادِيُّ ٱلأَرْضِ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّيَ »[1] .

ورويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَوَتَانُ ٱلأَرْضِ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّيَ »[2] هٰكذا رويَ بفتحِ الميمِ والواوِ .

و« المُوْتَانِ » ـ بضمِّ الميمِ وسكونِ الواوِ ـ : الموتُ الذريعُ . و« المَوْتَانِ » ـ بفتحِ الميمِ وسكونِ الواوِ ـ عمىٰ القلبِ ، يُقالُ : رَجلٌ مَوْتانُ القلبِ : إِذا كانَ لا يفهمُ .

وأَجمعَ المسلمونَ علىٰ جوازِ إِحياءِ المواتِ والتملُّكِ بهِ .

---

(١) أخرجه من طريقين مرسلاً عن عبد الله بن طاووس الشافعي في « الأم » (٣/ ٢٦٨) ، وأبو عبيد في « الأموال » (٦٧٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٣) في إحياء الموات ، وأورده ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٨) : « ثم هي لكم مني » : دليل علىٰ أن الكفار لا يملكون الإحياء ؛ لأن الكافر لم يدخل في هٰذا الخطاب . وعن ابن عباس مرفوعاً أخرجه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٣) بلفظ : « إن عادي الأرض لله ولرسوله ولكم من بعد ضمه » . **عاديُّ الأرض** ـ بالتشديد ـ : القديم الذي من عهد عاد . . . .

(٢) أخرجه عن ابن عباس البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٣) في إحياء الموات بلفظ : « مَوَتان الأرض لله ولرسوله ، فمن أحيا منها شيئاً فهي له » وقال : تفرد به هشام مرفوعاً وموصولاً . وأورده في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧١) وقال : وهو مما أنكر عليه . قال ابن بطال (١/ ٤٣٠) : **المَوَتان** ـ بالتحريك ـ : خلاف الحيوان ، يقال : اشتر الموتان ولا تشتر الحيوان ، أي : اشتر الأرض والدور ، ولا تشتر الدواب والرقيق .

قال الأزهري في « الزاهر » : ورجل مَوْتان الفؤاد : إذا كان غير ذكي ولا فهيم . والأصل فيه قبل الإجماع أخبار منها حديث عائشة رواه البخاري (٢٣٣٥) : « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق » أي بها . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٩) : فدلَّ بعمومه علىٰ أن ما جرىٰ عليه أَثر مِلك لا يجوز تملكه بالإحياء ، سواء كان في دار الإسلام أو في دار الشرك وهو أحد الوجهين ، ولكن صحَّح الأصحاب أن ما جرىٰ عليه أثر ملك جاهلي ولا يعرف له مالك . . أنه يملك بالإحياء سواء كان في دار الإسلام أو الشرك ؛ لما رواه أبو داود (٣٠٧١) والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ١٤٢) عن أسمر بن مضرس رضي الله عنه قال : أتيت رسول الله ﷺ فبايعته فقال : « من سبق إلىٰ ما لم يسبق إليه مسلم . . فهو أحق به » وفي إسناده غرابة .

ويندب إحياء الموات ؛ لما روىٰ جابر عند أحمد في « المسند » (٣/ ٣١٣) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٥٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٨) : « من أحيا أرضاً ميتة . . فله فيها أجر ، وما أكلت العوافي منها . . فهو صدقة » . **العوافي** : طلاب الرزق .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الإحياءَ لا يفتقرُ إلىٰ إذنِ الإمامِ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ إحياءُ المَوَاتِ إلاَّ بإذنِ الإمامِ) .

وقالَ مالكٌ : (إنْ كانَ قريباً مِنَ العُمرانِ في موضعٍ يتشاحُّ[1] الناسُ فيهِ . . افتقرَ إلىٰ إذنِ الإمامِ ، وإلاَّ . . لَم يَفتقرْ) .

دليلُنا : قولُه ﷺ « مَنْ أَحْيَا أَرْضَاً مَيْتَةً . . فهيَ لَهُ » ، و« مَنْ أَحَاطَ حَائِطَاً علىٰ أَرْضٍ . . فَهِيَ لَهُ » ولَمْ يُفرِّقْ بينَ أَنْ يكونَ بإذنِ الإمامِ ، أَو بغيرِ إذنهِ ، ولأَنَّها عينٌ مباحةٌ ، فلَمْ يَفتقِرْ تملُّكُها إلىٰ إذنِ الإمامِ ، كالصَّيدِ والحشيشِ .

وأَمَّا قولُهُ ﷺ : « فَهِيَ لَكُمْ مِنِّيَ » أَرادَ : هِيَ لكُم أَنْ تُحيُوها .

مسأَلةٌ : [البلادُ نوعانِ] :

والبلادُ علىٰ ضربينِ : بلادُ إسلامٍ وبلادُ شِركٍ . فأَمَّا بلادُ الإسلامِ فعلىٰ ضربينِ : عامرٌ ومَواتٌ .

فأَمَّا العامرُ : فهوَ لمالكِهِ ، ولا يجوزُ لأَحدٍ أَنْ يتصرَّفَ في شيءٍ منهُ إلاَّ بإذنِ مالكِهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » وقولِهِ ﷺ : « مَنْ أَخَذَ شِبْرَاً مِنَ ٱلأَرضِ بِغَيْرِ حَقِّهِ . . طَوَّقَهُ ٱللهُ إِيَّاهُ يومَ ٱلقِيَامَةِ إلىٰ سَبْعِ أَرَضِيْنَ » .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ كانَ هٰذا العامرُ يجاورُ مملوكاً ، كالدُّورِ والأَرضِ المتلاصقةِ . . فإنَّ مِلكَ كلِّ واحدٍ منهُما لا يتجاوزُ إلىٰ مِلكِ غيرهِ ، إلاَّ أَنْ يكونَ لَه في مِلكِ غيرِهِ رَسمُ مَسِيلِ ماءٍ ، أَو طريقٍ ، فلَهُ ذٰلكَ ، ولكلِّ واحدٍ منهُما أَنْ يتصرَّفَ في مِلكهِ بما شاءَ مِنْ وجوهِ التصرُّفاتِ وإنْ كانَ فيهِ ضررٌ علىٰ جارهِ .

وإنْ كانَ العامرُ يجاورُ مَواتاً . . فلصاحبِ العامرِ مِنَ المواتِ الذي يجاورُ مِلكَهُ ما لا يُمكنهُ الانتفاعُ بالعامرِ إلاَّ بهِ ، مثلُ الطريقِ ، ومَسِيلِ الماءِ الَّذي يخرجُ مِنَ الدارِ ، وما تحتاجُ إليهِ الأَرضُ مِنْ مسيلِ الماءِ .

---

(١) **شاحّ فلاناً** : خاصمه وماحكهُ ، ويقول العلماء : لا مشاحّة في الاصطلاح : أي لا مجادلة فيما تعارفوا عليه ، ويقال : تشاح الرجلان علىٰ الأمر : لا يريدان أن يفوتهما .

وإنْ كانتْ بئراً . . فلَهُ مِنَ الموَاتِ قَدرُ ما يَحتاجُ إليهِ في نزعِ الماءِ منها ، فإنْ كانتْ يُستقىٰ منْها بالسواني . . فقدرُ ما تحتاجُ إليهِ مِنَ السانيةِ في ذهابِها ومجيئِها . وإنْ كانَ دُولاباً . . فقدرُ ما يدورُ فيهِ الثورُ . وإنْ كانتْ للماشيةِ . . فقدرُ ما تعطنُ[١] فيهِ الماشيةُ . وإنْ كانتْ ليُستقىٰ باليدِ مِنْها . . فقدرُ ما يقفُ فيهِ المُستقي ، ولا يُقدَّرُ ذٰلكَ بشيءٍ .

وقالَ أَبو يوسفَ : حريمُ البئرِ أَربعونَ ذراعاً ، وحريمُ العينِ خمسُ مئةِ ذراعٍ .

وقالَ أَحمدُ : (حريمُ البئرِ خمسةٌ وعشرونَ ذراعاً ، إلاَّ أَنْ يكونَ البئرُ عاديّاً ، فحريمُهُ خمسونَ ذراعاً ؛ لمَا روىٰ الدارقطنيُّ عَنْ سعيدِ بنِ المسيِّبِ ، عَنْ أَبي هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « حَرِيْمُ ٱلْبِئْرِ ٱلْبَدِيءِ خَمْسَةٌ وَعِشْرُوْنَ ذِرَاعَاً ، وَحَرِيْمُ ٱلْبِئْرِ ٱلْعَادِيِّ خَمْسُوْنَ ذِرَاعَاً »[٢]) .

وأَرادَ بقولِهِ : (البَدىء) الذي أَبتُدِىءَ حفرُها .

دليلُنا : ما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « حَرِيْمُ ٱلْبِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعَاً مِنْ حواليها ، كلُّها لأعطانِ الإبلِ والغنمِ ، وابنُ السبيلِ أَوَّل شاربٍ ، ولا يمنعُ فضلُ مَاءٍ يمنعُ به الكلأ »[٣] .

---

(١) **العطن** : مبارِك الإبل ونحوها حول الماء ؛ لتعاود الشرب عللاً بعد نهل .

(٢) أخرجه مرفوعاً من طريقين عن سعيد عن أبي هريرة الدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٢٠) في الأقضية وقال : لفظهما سواء ، الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب ، ومن أسنده فقد وهم .
ورواه عن سعيد مرسلاً البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٥٦) في إحياء الموات .
قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٢ ـ ٧٣) : ورواه أبو داود في « المراسيل » أيضاً ، وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة موصولاً ومرسلاً [٤/ ٩٧] ، والموصول من طريق عمر بن قيس عن الزهري ، وعمر فيه ضعف ، ورواه البيهقي [٦/ ١٥٦] من وجه آخر عن أبي هريرة ، وفيه رجل لم يسم . **البدىء** : التي ابتدأتها أنت . **والعاديَّة** : القديمة .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٢/ ٤٩٤) ، وأورده الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٤/ ١٢٨) وقال : رواه أحمد ، وفيه رجل لم يسم ، وبقية رجاله ثقات . وفي الباب :
عن عبد الله بن مغفّل رواه من طريقين ابن ماجه (٢٤٨٦) في الرهون ، وفيه إسماعيل بن مسلم المكي ضعفوه .

وإنَّما حدَّ النبيُّ ﷺ حريمَ البئْرِ بأَربعينَ ذراعاً علىٰ عادةِ أَهلِ الحجازِ ؛ لأَنَّهم كانوا يحفرونَ آباراً عميقةً يغورُ الماءُ فيها ، فيحتاجُ أَنْ يمشيَ الثورُ فيها أَربعينَ ذراعاً .

وأَمَّا الخبرُ الذي رواهُ أَحمدُ : فمختلفٌ ، وإِنْ صحَّ حملناهُ علىٰ ما تدعو الحاجةُ إِليهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وللدارِ حريمٌ ، فإِذا حفرَ إِنسانٌ في فِنائِها وأَصلِ حيطانِها . . مُنعَ منهُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وعندي أَنَّ حيطانَ الدارِ لا فِناءَ لَها ولاَ حريمَ ، أَلا ترىٰ أَنَّهُ لَو أَرادَ رجلٌ أَنْ يحييَ إِلىٰ جنبِها داراً . . لَم يلزمْهُ أَنْ يُبعدَ عَنْ فِنائِها ؟ وإِنَّما يُمنعُ مِنْ حفرِ البئْرِ في أَصلِ الحائِطِ ؛ لأَنَّهُ يضرُّ بهِ ، وينبغي إِذا كانَ لاَ يضرُّ بهِ أَنْ يجوزَ .

وهلْ يكونُ صاحبُ العامرِ مالكاً لمرافِقِ العامرِ مِنَ المواتِ ؟

حكىٰ ٱبنُ الصبَّاغِ : أَنَّ الشيخَ أَبا حامدٍ قالَ : لا يكونُ مالكاً لَه ، وإِنَّما يكونُ أَحقَّ بهِ ؛ لأَنَّهُ لَم يحصلْ لَه فيهِ إِحياءٌ ، فلَمْ يملِكْهُ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : يكونُ مالكاً لَه ؛ لأَنَّهُ تابعٌ للعامرِ ، فلمَّا كانَ مالكاً للعامرِ . . مَلكَ ما تبعَهَ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **وهٰذا أَقيسُ** ؛ لأَنَّ العامرَ إِذا بيعَ دخلتْ هٰذهِ الحقوقُ في البيعِ ، ولأَنَّ معنىٰ المِلكِ في هٰذهِ الحقوقِ موجودٌ ، فإِنَّهُ لاَ يجوزُ لأَحدٍ إِحياؤُها ، وقدِ ٱختلفوا في ثبوتِ الشُّفعةِ في الطريقِ ، وهٰذا يدلُّ علىٰ ثبوتِ المِلكِ فيها .

وأَمَّا المواتُ : فعلىٰ ضربينِ :

ضربٌ : لَم يَجرِ عليهِ مِلكٌ قطُّ لأَحدٍ ، فهٰذا يجوزُ إِحياؤُهُ وتملُّكُهُ ، وهٰذا الذي وردَ فيهِ قولُه ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ » .

والضربُ الثاني : مواتٌ قد كانَ جرىٰ المِلكُ عليهِ لمسلم ثمَّ ماتَ ، أَو غابَ وخربتِ الأَرضُ وصارتْ كالمواتِ ، فإِنْ كانَ المالكُ لَها معروفاً . . فهٰذا لاَ يجوزُ إِحياؤُهُ بلاَ خلافٍ ، كما قُلنا في العامرِ ، وإِنْ كانَ المالكُ لَها غيرَ معروفٍ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فلاَ يُملكُ ذٰلكَ بالإِحياءِ **عندنا** .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يُملكُ بالإِحياءِ) .

وحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ ، وابنُ الصبَّاغِ : أَنَّ ذٰلكَ وجهٌ لبعضِ أَصحابِنا ؛ لأَنَّها عادتْ مَواتاً كما كانتْ ، فصارتْ مباحةً كما لَو لَم يجرِ عليها أَثرُ مِلكٍ .

ودليلُنا : ما روىٰ كثيرُ بنُ مرَّةَ ، عَنْ أَبيهِ ، عَنْ جدِّهِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فِيْ غَيْرِ حَقّ مُسْلِمٍ . . فَهُوْ أَحَقُّ بِهَا »[1] وهٰذهِ في حقِّ مسلمٍ .

وروىٰ ابنُ الزُّبيرِ ، عَنْ عائشةَ رضيَ اللهُ عنهُا : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً لَيْسَتْ لأَحَدٍ . . فَهُوْ أَحَقُّ بِهَا »[2] ولأَنَّ هٰذهِ لَها مالكٌ ، فلاَ يجوزُ إِحياؤُها كما لَو كانَ المالكُ لَها معيَّناً .

وأَمَّا بلادُ الشركِ : فضربانِ ، عامرٌ ومواتٌ :

فأَمَّا العامرُ ، وما يحتاجُ إِليهِ العامرُ مِنَ المرافقِ : فإِنَّهُ مِلكٌ للكفَّارِ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ ﴾ [الأحزاب : ٢٧] فأَضافَها إِليهم ، فدلَّ علىٰ : أَنَّهم ملكوها ولاَ يجوزُ إِحياؤُها ، وإِنَّما تُملَكُ بالقهرِ والغَلَبَةِ .

وأَمَّا المواتُ : فإِنْ كانَ قدْ جرىٰ عليها مِلكٌ لمالكٍ معروفٍ . . لَمْ يَجُزْ إِحياؤُها ، كالعامرِ ، وإِنْ لَم يَجْرِ عليها مِلكٌ . . جازَ إِحياؤُها . ومَنْ أَحياها مَلَكها ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ » ولَمْ يُفرِّقْ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا أَحيا مسلِمٌ مَواتاً في أَرضِهِم ، ثمَّ ظَهرَ المسلمونَ علىٰ أَرضِهِم فملكوها . . كانتْ غنيمةً ، إِلاَّ ما أَحياهُ المسلمُ .

وإِنْ كانتْ مَواتاً قدْ جرىٰ عليها أَثَرُ مِلكٍ لَهُم ، ولاَ يُعرفُ مالِكُها ، فهل يجوزُ إِحياؤُها وتُملكُ[3] بالإِحياءِ ؟ حكىٰ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا فيها وَجهينِ ، وحكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٤٢] قولينِ :

---

(١) أخرجه عن كثير بن مرة البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٢) في إحياء الموات . وفيه : « فهو له ، وليس لعرق ظالم حق » .

(٢) سلف أول الباب عنها بلفظ : « من عمر أرضاً ليست لأحد . . فهو أحقُّ » .

(٣) في نسخة : (تملكها) .

أَحدُهما : يجوزُ إِحياؤُها وتُملكُ[١] بالإِحياءِ ؛ لقولِهِ ﷺ « عَادِيُّ ٱلأَرْضِ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي » وأَرادَ بهِ : الأَرضَ الَّتي كانتْ مِلكاً لقومِ عادٍ ، ولأَنَّه لَو وُجدَ في بلادِ الشركِ رِكازٌ مِنْ ضربِ المشركينَ . . لملكَهُ بالوجودِ وإِنْ كانَ قد جرىٰ عليهِ مِلكُ مُشركٍ ، فكذٰلكَ إِذا أَحيا مواتاً جرىٰ عليهِ مِلكٌ لمالِكٍ غيرِ معروفٍ مِنَ المشركينَ .

والثاني : لا تُملَكُ بالإِحياءِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمهُ اللهُ قالَ : (والمَوَاتُ ما ليسَ عليهِ أَثرُ عِمارةٍ) ، ولأَنَّها أَرضٌ حيَّةٌ جرىٰ عليها المِلكُ ، فلَمْ تُملَكْ بالإِحياءِ ، كما لَو كانَ لَها مالِكٌ معروفٌ ، ولأَنَّه يجوزُ أَنْ تكونَ لكافرٍ لَم تبلغْهُ الدَّعوةُ فلاَ يكونُ مالُهُ مباحاً .

ومَنْ قالَ بهٰذا . . قالَ : معنىٰ قولِه ﷺ : « عَادِيُّ ٱلأَرْضِ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ » أَرادَ بهِ : المِلكَ القديمَ ، فعبَّرَ عَنِ المِلكِ القديمِ بالعاديِّ ؛ لأَنَّه يقالُ : شيءٌ عاديٌّ ، أَي : قديمٌ . فإِنْ أَحيا المسلِمُ مَواتاً في بلدٍ صولِحَ الكفارُ علىٰ الإِقامةِ فيها . . لَم يملِكْها بذٰلكَ ؛ لأَنَّ المَواتَ يتبعُ البلدَ ، فإِذا لَم يَجُزْ تملُّكُ البلدِ عليهِم ، فكذٰلكَ ما تبعَهُ .

فرعٌ : [إحياء قرب العامر] :

ويجوزُ إِحياءُ المَواتِ بقُربِ العامرِ إِذا لَم يكنْ مِنْ مَرافِقِ العامرِ .

وقالَ مالكٌ : (لا يجوزُ إِحياءُ ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ الإِمامِ ، ولَم يحدَّهُ بحدٍّ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يحيي إِلاَّ ما جاوزَ مدىٰ الصوتِ مِنَ العامرِ ، بأَنْ يصيحَ إِنسانٌ في العامرِ ، فالَّذي ينتهي إِليهِ صوتُهُ مِنَ المَواتِ . . لا يجوزُ إِحياؤُهُ) .

ودليلُنا : قولُه ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ » ولَمْ يفرِّقْ .

وروىٰ الشافعيُّ ، عَن ٱبنِ عُيَينَةَ ، عَنْ عَمرو بنِ دينارٍ ، عَنْ يَحيىٰ بنِ جَعْدةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ لمَّا قَدِمَ المدينةَ أَقطعَ الناسَ الدورَ ، فقالَ حيٌّ مِنْ بني زُهْرةَ ، يقالُ لَهم : بنو

---

(١) في نسخة : (تملكها) .

عبدِ زهرةَ : يا رسولَ اللهِ : نَكِّبْ عنَّا ٱبنَ أُمِّ عبدٍ ـ أَيْ : أَخرِجْ مِنْ جُملَتِنا ٱبنَ مسعودٍ ـ فقالَ النبيُّ ﷺ : « وَلِمَ ٱبْتَعَثَنِي اللهُ إِذاً ؟ إِنَّ اللهَ لاَ يُقَدِّسُ أُمَّةً لاَ يُؤْخَذُ لِلضَّعِيْفِ فِيْهِمْ حَقُّهُ »(١) .

قالَ الشافعيُّ : (وفي ذٰلكَ دلالةٌ علىٰ أَنَّ النبيَّ ﷺ أَقطعَ بالمدينةِ بينَ ظَهراني عمارةِ الأَنصارِ مِنَ المنازلِ ، وأَنَّ ذٰلكَ ليسَ لأَهلِ العامرِ) .

وفي بعضِ نُسَخِ المُزنيِّ : (وأَنَّ ذٰلكَ لأَهلِ العامرِ) .

فإِنْ كانَ الأَوَّلُ . . فمعناهُ : وأَنَّ ذٰلكَ ليسَ لأَهلِ العامرِ منعُهُ . وإِنْ كانَ الثاني . . فمعناهُ : أَنَّ ذٰلكَ لأَهلِ العامرِ أَنْ يُحيوهُ أَيضاً ، كغيرِهم .

وأَمَّا معنىٰ قولِهِ : (أَقطعَ الدُّورَ) فقدِ ٱختلفَ أَصحابُنا في تأويلِهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : كانَ الَّذي أَقطعَهُم دوراً قديمةً عاديَّةً خربتْ . وهٰذا قولُ مَنْ يقولُ : إِنَّ ما كانَ مملوكاً وماتَ أَهلُهُ في الجاهليةِ ، ولاَ يُعرفُ مالِكُهُ . . يجوزُ إِحياؤُهُ .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنَّه أَقطعَهُم ما يبنونَهُ دُوْراً . فسمَّاها دُوراً ؛ لأَنَّها تَؤولُ إِليهِ ، كقولِهِ تعالىٰ : ﴿ إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ ﴾ [يوسف : ٣٦] فسمَّىٰ العصيرَ خمراً ؛ لأَنَّه يؤولُ إِليهِ .

---

(١) أخرجه عن يحيىٰ بن جعدة الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٣٥) في الجهاد ، باب : ما جاء في الحِمىٰ والقطايع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٥) في إحياء الموات ، باب : سواء كل موات لا مالك له .

قال الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٤/ ٢٠٠) : رواه الطبراني في « الكبير » و« الأوسط » ورجاله ثقات . لكن قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٣) : وهو مرسل ، ولا يقال : لعلَّ يحيىٰ سمعه من ابن مسعود ، فإنه لم يدركه . نعم وصله الطبراني في « الكبير » من طريق عبد الرحمن بن سلام عن سفيان ، فقال : عن يحيىٰ بن جعدة عن هبيرة بن يريم ، عن ابن مسعود قال : لما قدم . . . . وإسناده قوي .

وفي النسختين : (بني عذره يقال لهم : بنو عبد بن زهرة) ، والتصويب من مصادر التخريج .

ورويَ : (أَنَّ عُمرَ رضيَ اللهُ عنهُ أَقطع العقيقَ وهوَ علىٰ ميلٍ مِنَ المدينةِ)[1] ولَم يُنكِرْ عليهِ أَحدٌ ، ولأَنَّه مَواتٌ لَم يُملَكْ ، غيرُ متعلِّقٍ بمصلحةِ العامرِ ، فجازَ إِحياؤُهُ ، كما لَو زادَ علىٰ مدىٰ الصوتِ .

مسأَلةٌ : [لا يقطع لكافرٍ في دار الإسلام] :

وإِذا أَحيا الكافرُ الحربيُّ أَوِ الذمِّيُّ مَواتاً في دارِ الإِسلامِ . لَم يملِكْهُ بذٰلك ، وليسَ للإِمامِ أَنْ يأْذنَ لَه في ذٰلكَ .

وقالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ : (يجوزُ للإِمامِ أَنْ يأْذنَ لَه في ذٰلكَ ، وإِذا أَحيا أَرضاً مَواتاً في بلادِ الإِسلامِ بالإِذنِ . . ملَكَهُ) .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « مَوَتانُ الأَرْضِ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّيَ » .

فوَجهُ الدليلِ مِنَ الخبرِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ أَضافَ المَواتَ إِلىٰ اللهِ لاَ علىٰ سبيلِ أَنَّه يملِكُها ؛ لأَنَّه مَالكٌ لها ولغيرِها ، وإِنَّما أَضافها إِلىٰ اللهِ تعالىٰ تشريفاً لها ؛ لأَنَّها تُملكُ بغيرِ عِوَضٍ ولاَ عَنْ مالكٍ ، كما أَضافَ خُمسَ الغنيمةِ إِليهِ لشرفه ؛ لأَنَّه يُملَكُ بغيرِ عِوَضٍ ولاَ عَنْ مُملِّكٍ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال : ٤١] .

فلمَّا لم يكنْ للكافرِ حقٌّ في خُمسِ الغنيمةِ . . فكذٰلكَ في المَواتِ في بلادِ الإِسلامِ . وإِنَّما لَم يضفِ الزكاةَ إِليهِ ؛ لأَنَّها أَوساخُ الناسِ ، ثمَّ قالَ : « هِيَ لَكُمْ مِنِّيَ » وهٰذا خطابٌ للمسلمينَ .

---

(١) طرف من حديث أخرجه من طريق هشام ، عن أبيه الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٣٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٦) وفيه : (فقال : أين المستقطعون ؟) . والعقيق : قريب من المدينة . ويدلُّ عليه حديث أسماء في « الصحيحين » وعند أبي عبيد في « الأموال » (٦٧٨) قالت : (كنت أنقل النوىٰ في أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ) و« الأم » (٣/ ٢٦٩ و٢٧٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٦) .
وفي « الخراج » ليحيىٰ بن آدم (ص/ ٧٨) : (أن عمر أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ : سعد بن أبي وقاص ، وعبد الله بن مسعود ، وخباباً ، وأسامة ، والزبير) .
وعن عثمان مثله عند البيهقي (٦/ ١٤٥) في باب : إقطاع الموات .

فرعٌ : [لا تحفر بئر تضر ببئر موات] :

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إذا حفرَ بئراً في مواتٍ للتملُّكِ ، فجاءَ آخرُ فحفرَ قريباً منها بئراً يَنْسَرِقُ إليها ماءُ البئرِ الأُولىٰ . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ .

قالَ أَصحابُنا : فلَو حفرَ الثاني في مِلْكهِ بئْراً بحيثُ يَنسرقُ ماءُ جارهِ إليهِ . . جازَ .

والفرقُ بينهُما : أَنَّ الَّذي يحفرُ في المَواتِ يبتدىءُ التملُّكَ ، وليسَ لَه أَن يتملَّكَ المَواتَ علىٰ وجهٍ يضرُّ بمِلكِ غيرهِ ، وليسَ كذٰلكَ هاهُنا ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهُما حفرَ في ملكِه ، فلا يُمنعُ مِنْ ذٰلكَ .

ولو حفرَ رجلٌ في ملكهِ كنيفاً يفسدُ علىٰ جارهِ بئْرَهُ . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : لَم يُمنعْ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّه يتصرَّفُ في ملكهِ ، فهوَ بمنزلةِ أَنْ يكونَ لَه دكَّانٌ ، فيخبزَ فيهِ ، فيتأَذَّىٰ الجيرانُ بهِ ، فلاَ يُمْنَعُ .

وحكىٰ في « المهذَّبِ » [١/ ٤٣١] : أَنَّ بعضَ أَصحابِنا قالَ : ليسَ لَه أَنْ يَحفرَ في أَصلِ حائِطهِ حشّاً ؛ لأَنَّه يضرُّ بالحاجزِ الَّذي بينَهُ وبينَ جارهِ في الأَرضِ . وليسَ بشيءٍ .

مسأَلةٌ : [العرف في إحياء الموات] :

قالَ الشافعيُّ : (والإِحياءُ ما عَرفَهُ الناسُ إِحياءً لِمثْلِ المُحيَا) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الشرعَ وردَ بالإِحياءِ مطلقاً ، وما وردَ بهِ الشرعُ مطلقاً . . رُجعَ فيهِ إِلىٰ العرفِ والعادةِ في ذٰلكَ الشيءِ ، كما قُلنا في أَقلِّ الحيضِ وأَكثرِهِ ، والتفرُّقِ في البيعِ والقبضِ فيهِ ، والحرزِ في السرقةِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ كانَ يحيي المَواتَ داراً للسُّكنىٰ . . فإِحياؤُها أَنْ يبنيَ حيطانَ الدارِ بالحجارةِ ، أَو اللَّبِنِ ، أَو الآجُرِّ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ مِمَّا يُبنىٰ بهِ .

قالَ الصيمريُّ : ويَبني الحيطانَ عاليةً ، بحيثُ يمنعُ مَنْ أَرادَهُ[1] ، ويَسقفُ منها ولَو

---

(١) أراده : أي قصد الدخول إلىٰ ما أحرزه وأحاطه من نحو إنسان وحيوان .

بيتاً وَاحداً ؛ لأَنَّ الدارَ تُرَادُ للإِيواءِ ، ولِتقيَ مِنَ البردِ والحرِّ والمطرِ ، ولا يقيهِ إِلاَّ السقفُ ، فإِنْ لَم يَسقفْ كانَ متحجِّراً .

وهلْ مِنْ شرطِ تمامِ الإِحياءِ في الدارِ نصبُ البابِ ؟ فيهِ وجهانِ حكاهُما ٱبنُ الصبَّاغِ :

أَحدُهما : أَنَّ ذٰلكَ شَرطٌ ؛ لأَنَّ الدُّورَ لا تكونُ دُوراً إِلاَّ بذٰلكَ .

والثاني : أَنَّ ذٰلكَ ليسَ بشرطٍ ؛ لأَنَّ عدمَ ذٰلكَ لا يمنعُ السُّكنىٰ ، وإِنَّما يُرادُ لِلحفظِ .

وإِنْ أَرادَ أَنْ يُحييَ المَوات حظيرةً للغنمِ ، أَو للحطبِ ، أَو للشوكِ . . فإِحياؤُها أَنْ يبنيَ حولَها حائطاً بحجارةٍ ، أَو لَبِنٍ ، أَو آجُرٍّ ، أَو ما أَشبهَهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَىٰ أَرْضٍ . . فَهِيَ لَهُ »

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وهل مِنْ شَرطِ تمامِ إِحيائِها نصبُ البابِ ؟ علىٰ الوجهينِ في الدَّارِ .

وإِنْ جمعَ تراباً حولَ الحظيرةِ[1] وسَنَّمهُ ، أَوِ ٱتَّخذَ حائِطاً مِنْ حجارةٍ نصبَهُ مِنْ غيرِ بناءٍ ، أَو مِنْ حطبٍ ، أَو شوكٍ ، أَو خشبٍ . . فذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّه لاَ يملكُهُ بذٰلكَ ، ولٰكنْ يكونُ بذٰلكَ متحجِّراً .

قالَ الشافعيُّ : (لأَنَّ المسافرَ قدْ يَنزِلَ منزلاً وينصبُ الحجارةَ حولَ الخِباءِ ، ولا يكونُ ذٰلكَ إِحياءً) .

وليسَ مِنْ شَرطِ الحظيرةِ التسقيفُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يُحتاجُ إِليهِ في الحظيرةِ ، بخلافِ الدَّارِ للسُّكنىٰ .

وإِنْ أَرادَ أَنْ يحييَ المَواتَ للزراعةِ . . فإِحياؤُها أَنْ يجمعَ تراباً يحيطُ بها بِما يُبيِّنُ بهِ الأَرضَ مِنْ غيرِها ، ويَحرثَها ، ويَسوقَ الماءَ إِليها ، فإِنْ كانتْ تشربُ مِنْ بئرٍ . . حفرَ

---

(١) **الحظيرة** : الموضع يحاط عليه لتأوي إليه الماشية ، يقيها البرد والريح . والحظر : الحجر والمنع .

لَها بئْراً ، وإِنْ كانتْ تشربُ مِنْ ماءٍ مباحٍ . . فأَنْ يُطرِّقَ إِليها طريقاً للماءِ ، وإِنْ كانتْ تَشربُ مِنْ ماءِ المطرِ . . فأَنْ يُطرِّقَ إِليها طريقاً يَنزلُ فيهِ الماءُ إِليها .

وهل مِنْ شَرطِ تمامِ إِحيائِها الزراعةُ فيها ؟

قالَ الشافعيُّ في « المختصرِ » [٣/١٠٨] : (ويزرعُها) واختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهُم مَنْ قالَ : إِنَّ الزرعَ ليسَ بشرطٍ في الإِحياءِ ، **وهوَ المنصوصُ في « الأُمِّ »** [٣/٢٦٦] لأَنَّ الزراعةَ انتفاعٌ مِنَ المُحْيَا ، فلَم يكنْ شَرطاً في الإِحياءِ[١] ، كما لَو أَحيا حظيرةً للغنمِ ، فلا يُشترطُ في إِحيائِها تركُ الغنمِ فيها .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنَّ ذٰلكَ شرطٌ في الإِحياءِ . وهوَ ظاهرُ ما نقلَهُ المُزنيُّ ؛ لأَنَّ الأَرضَ لا تكونُ معمورةً للزرعِ إِلاَّ بالزرعِ .

وحكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ وجهاً ثالثاً : أَنَّ أَبا العبَّاسِ قالَ : لاَ تكونُ الأَرضُ مُحْيَاةً للزرعِ حتَّىٰ يزرعَها ويسقيَها ؛ لأَنَّ عَمارتَها للزراعةِ لاَ تَكملُ إِلاَّ بذٰلكَ .

قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » : (وعَمارةُ الأَرضِ للغراسِ أَنْ يغرِسَ الأَرضَ)

والفرقُ بينَ الزراعةِ والغراسِ علىٰ أَحدِ الوجهينِ : أَنَّ الغِراسَ يرادُ للبقاءِ ، فهوَ كبناءِ الدَّارِ ، والزرعَ لاَ يُرادُ للبقاءِ ، فهوَ كسُكنىٰ الدَّارِ .

وإِنْ حَفرَ في المَواتِ بئْراً . . لَم يتمَّ الإِحياءُ حتَّىٰ يصلَ إِلىٰ الماءِ . فإِنْ كانتِ الأَرضُ صلبةً . . فقد تمَّ الإِحياءُ ، وإِنْ كانتْ رِخوةً . . لَم يتمَّ الإِحياءُ حتَّىٰ يطويَها[٢] .

مسأَلَةٌ : [العمارة في الموات تثبت الحق] :

وإِذا سَبقَ إِلىٰ مَواتٍ فشَرعَ[٣] في عَمارتهِ . . كانَ متحجِّراً لَه بذٰلكَ ، وصارَ أَحقَّ بهِ مِنْ غيرهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يُسْبَقْ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[٤] .

---

(١) في (م) : (المحيا) .
(٢) **يطويها** : أي يبني الحجارة حولها أو عليها .
(٣) في نسخة : (فتبرع) .
(٤) سلف ، وأخرجه عن أسمر بن مضرس أبو داود (٣٠٧١) في الخراج ، والطبراني في =

فإنْ ماتَ . . ٱنتقلَ إلىٰ وَارثهِ ؛ لأنَّ يدَ الوارثِ تقومُ مقامَ يدِ المورِّثِ .

وإنْ نقلَهُ إلىٰ غيرهِ . . صارَ الثاني أحقَّ بهِ ؛ لأنَّه قدْ أقامَهُ مقامَ نفسهِ .

وإنْ باعَهُ . . فهل يصحُّ بيعُهُ ؟ حكَىٰ البغداديُّونَ مِنْ أصحابِنا فيهِ وجهينِ ، وحكاهُما المسعوديُّ قولين [في « الإبانة » ق/ ٣٤٣] :

أحدُهما : يصحُّ ؛ لأنَّه صارَ أحقَّ بهِ ، فصحَّ بيعُهُ له كالمالِكِ .

والثاني : لا يصحُّ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأنَّه لَم يملكْهُ ، وإنَّما مَلكَ أنْ يملِكَ[1] .

فإنْ بادرَ[2] غيرُهُ فأحياها :

فإنْ كانَ قبلَ أنْ يتطاولَ الزمانُ في ثبوتِ يدِ الأوَّلِ عليها . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يملكُها الثاني ؛ لأنَّ يدَ الأوَّلِ قد ثبتتْ عليها ، وقد مَلكَ أنْ يملكَها ، فلَم يملِكْها غيرُهُ .

والثاني : أنَّ الثانيَ يملكُها ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ أَحيَا أرضاً ميْتةً . . فهِيَ لهُ » ولَمْ يفرِّقْ بينَ أن تكونَ قد تحجَّرها غيرُهُ ، أو لَم يتحجَّرها .

وإنْ تَطاولَ الزمانُ في ثبوتِ يدِ الأوَّلِ عليها : فإنَّ السلطانَ يَستدعيهِ ، ويقولُ له : إمَّا أنْ تُحييَهُ ، وإمَّا أحياهُ غيرُكَ ، فإنِ ٱستمهلَهُ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : أمهلَهُ يوماً ، وثلاثاً ، وشهراً ، فإنْ أحياهُ . . ملكَهُ ، وإنْ تركَهُ . . زالَ مِلكُهُ[3] عنهُ . وإنْ لَم يتركهُ فجاءَ غيرُهُ وأحياهُ . . ملكَهُ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّه لا عُذرَ لَه معَ تطاولِ المدَّةِ .

= « الكبير » (٨١٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٢) في إحياء الموات .

قال عنه ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٨٩) : وفي إسناده غرابة ، وقال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٢) : قال البغوي : لا أعلم بهٰذا الإسناد غير هٰذا الحديث ، وصححه الضياء في « المختارة » . وقد حسنه في « الإصابة » ت(١٤٥) في ذكر أسمر .

(١) في « المهذب » (١/ ٤٣١) : لأنه لم يملكه بعدُ ، فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ .

(٢) في (م) : (جاء) .

(٣) في (م) : (حكمه) .

مسأَلَةٌ : [المعادن في الموات] :

والمعادنُ علىٰ ضربينِ : ظاهرةٌ ، وباطنةٌ .

فأَمّا الظاهرةُ : فهيَ ما لا يُحتاجُ في الانتفاع بها إِلىٰ عملٍ ، فهيَ[1] مثلُ : الماءِ في الأَنهارِ ، والعيونِ ، وكالنفطِ[2] ، والمومياءِ[3] ، والياقوتِ ، والملحِ ، والكحلِ ، فهٰذا لا يملكُهُ أَحدٌ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرضاً ميْتةً . . فهيَ لَه » . فَعلَّقَ المِلكَ بالإِحياءِ ، وهٰذا لا يحتاجُ إِلىٰ إِحياءٍ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الناسَ يشتركونَ فيها ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلنَّاسُ شُرَكَاءُ فِيْ ثَلَاثَةٍ : ٱلنَّارِ ، وَٱلْمَاءِ ، وَٱلْكَلأِ »[4] .

---

(١) في (م) : (فيها) .

(٢) **النفط** : قال ابن بطال : دهن شديد الحرارة ، يستخرج منه النار ـ مادة مشتعلة ـ كريه الرائحة . وفي الاصطلاح الحديث : مزيج من الهيدروكربونات يحصل عليها بتقطير زيت البترول الخام ، أو قطران الفحم الحجري .

(٣) **المومياء** : دواء للجراحات ونحوها ، يوجد علىٰ السواحل ، وإذا جمد وصار قاراً . . تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء نتن ، حار لطيف جيد للقسطة والضربة والرياح ونفث الدم . انظر « المعتمد في الأدوية المفردة » .

(٤) أخرجه عن رجل من المهاجرين أبو عبيد في « الأموال » (٧٢٩) بلفظه ، ومن طريق أبي خداش عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ أحمد في « المسند » (٥/ ٣٦٤) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣٩١) ، وأبو داود (٣٤٧٧) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٥٠) في إحياء الموات ، باب : ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة ، بلفظ : « المسلمون شركاء في ثلاث : في الكلأ والماء والنار » . وذكره في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٥) وقال : ورواه أبو نعيم في « معرفة الصحابة » في ترجمة أبي خداش ولم يذكر الرجل ، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال : أبو خداش لم يدرك النبي ﷺ ، وهو كما قال ، وقد سماه أبو داود في روايته حبان بن زيد وهو الشرعي ، وهو تابعي معروف . وفي الباب :
رواه عن ابن عباس ابن ماجه (٢٤٧٢) في الرهون بلفظه قبل ، وزاد : « وثمنه حرام » والماء يعني : الجاري . قال البوصيري في « الزوائد » : فيه عبد الله بن خراش ، قد ضعفه أبو زرعة والبخاري وغيرهما . وعن ابن عمر من طريقين وزاد : « والملح » .
قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٥) : وقد صححه ابن السكن ، ورواه الخطيب في « الروا ة عن مالك » وهو عند الطبراني بإسناد حسن . =

فأَمَّا ٱشتراكُهُم في النَّارِ : فهوَ أَنْ يُضرمَ رجلٌ ناراً في حطبٍ مباحٍ مطروحٍ في مواتٍ . فأَمَّا إِذا حطبَ الرَّجلُ حطباً ، وأَضرمَ فيهِ ناراً . . فهوَ أَحقُّ بها ، ولَه أَنْ يَمنعَ غيرَهُ منها .

وأَمَّا ٱشتراكُهُم في الكلأ : فهوَ الكَلأُ النابتُ في المَواتِ .

وأَمَّا ٱشتراكُهُم في الماءِ : فهوَ الماءُ في الأَنهارِ والعيونِ الَّتي ليستْ بمملوكةٍ[1] .

فإِذا سبقَ واحدٌ إِلىٰ شيءٍ مِنْ هٰذهِ المعادنِ الظاهرةِ . . أَخَذَهُ وملكَهُ ؛ لِقولهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يُسْبَقْ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » .

فإِنْ أَخذَ منْها وٱنصرفَ ، وجاءَ غيرُهُ وأَخذَ منها وٱنصرفَ ، وعلىٰ هٰذا يأخذُ واحدٌ بعدَ واحدٍ . . جازَ . وإِنْ جاءَ واحدٌ وأَطالَ يدَهُ عليها . . ففيهِ وجهانِ :

= وعن أبي هريرة رواه ابن ماجه (٢٤٧٣) بلفظ : « ثلاث لا يُمنعنَ . . . » قال في « الزوائد » : هٰذا إسناد صحيح ، ورجاله موثقون ، وقال في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٥) عنه : بسند صحيح .
وعن عائشة نحوه عند ابن ماجه (٢٤٧٤) أنها قالت : يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : « الماء والملح والنار » . . وفيه علي بن زيد بن جدعان وقد ضعف .
وعن أنس رواه الطبراني في « الصغير » (٦٨٢) والبزار كما في « كشف الأستار » (١٣٢٤) بلفظ : « خصلتان لا يحل منعهما: الماء والنار » . قال الهيثمي في « المجمع » (٤/ ١٢٤) : فيه الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف ، وفيه توثيق لين .
وعن ثور بن يزيد عند البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٥٠) .

(١) لما روىٰ عن أبي هريرة البخاري (٢٣٥٤) في الشرب والمساقاة ، ومسلم (١٥٦٦) في المساقاة : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ » وزاد فيه الشافعي كما في « بدائع المنن » (١٣٥١) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٩٥٦) بسند صحيح : « فيهزل الماء ويجوع العيال » . قال المدابغي في حاشيته علىٰ « الإقناع » للخطيب :

ٍوواجب بَذْلُكَ للما ٱلفاضلِ ... لحرمة ٱلروح بلا مقابلِ
إن كان في بئر ونحوها وثَمّْ ... كلأٌ مباح قد رعاه محترمْ
ولم يكن ماء مباح ٱلضرر ... قد ٱنتفىٰ عن صاحب ٱلما في ٱلشجر

ولا يجب بذل الماء لزرع الغير كسائر المملوكات . قال العمريطي في « نهاية التدريب » :

ولم يجب لسقي زرع أو بِنا ... ولا لشرب إن لم يحزه في إِنا

أَحدُهما : لا يُزيلُ الإمامُ يدَهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » .

والثاني : أَنَّ الإمامَ يزيلُ يدَهُ عنها ؛ لأَنَّه يصيرُ متحجِّراً ، وتحجُّرها لا يجوزُ .

وإِنْ جاءَ ٱثنانِ في حالةٍ واحدةٍ ، فإِنِ ٱتَّسعَ المعدنُ لَهما . . أَخذاهُ ، ولا كلامَ . وإِنْ ضاقَ المعدنُ عليهما ، فإِنْ كانا يأْخُذانِ شيئاً قليلاً ، كالماءِ الَّذي يأْخُذانِهِ ليَشرَباهُ ، أَو لِيَتطهَّرا بهِ ، وما أَشبهَهُ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّ الإِمامَ يُقرعُ بينهُما ، فمَنْ خرجتْ لَه القرعةُ . . قُدِّمَ ؛ لأَنَّه ليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخرِ .

والثاني : أَنَّ الإِمامَ يُنصِّبُ رجلاً ليستقيَ منهُ لَهُما ، ثمَّ يُقسِّمُهُ بينهُما ؛ لأَنَّ قسمةَ ذٰلكَ ممكنةٌ .

والثالثُ : أَنَّ الإِمامَ يقدِّمُ أَحدَهما بٱجتهادِهِ .

وإِنْ كانا يأْخُذانِ الكثيرَ للتجارةِ . . هَاياَ الإمامُ بينهُما يوماً بيومٍ أو شهراً بشهرٍ علىٰ حَسَبِ ما يَراهُ ، ويُقرعُ في البادىءِ منهُما ؛ لأَنَّه ليسَ أَحدُهما بأَولىٰ مِنَ الآخرِ .

وإِنْ كانَ بقربِ الساحلِ بقعةٌ إِذا حُفرتْ وٱنساقَ الماءُ إِليها ظَهرَ بها ملحٌ . . جازَ إِحياؤُها ؛ لأَنَّه لا يُنتفعُ بها إِلاَّ بالعملِ ، فهيَ كالمَواتِ .

وأَمَّا المعادنُ الباطنةُ : وهيَ ما لا يُتوصَّلُ إِلىٰ أَخذِ شيءٍ منْها إِلاَّ بعلاجٍ وعملٍ ، كمعدنِ الذهبِ والفضَّةِ والفيروزجِ والرَّصاصِ والنحاسِ وما أَشبهَهُ ، فإِذا عَمِلَ فيها رجلٌ ووَصلَ إِلىٰ نَيلِهِ . . مَلكَ ما أَخذَ منهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » .

وهلْ يملكُ المعدنَ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّه يملكُهُ ؛ لأَنَّه أَرضٌ غيرُ مملوكةٍ ، لا يُتوصَّلُ إِلىٰ منفعتِها إِلاَّ بنفقةٍ ومؤونةٍ ، فيملكُ بالإِحياءِ ، كالمَواتِ .

والثاني : لا يملكُهُ بالإِحياءِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ المُحْيَا : ما يَتكرَّرُ الانتفاعُ بهِ

بعدَ عمارتهِ مِنْ غيرِ إحداثِ عمارةٍ ،عملٍ آخرَ ، فهٰذا لا يمكنُ في المعادنِ ؛ لأنَّه لا يُنتفعُ بها إلاَّ بعملٍ متجدِّدٍ في كلِّ شيءٍ يأخُذُهُ .

قالَ الشافعيُّ : (ولأنَّه لَو ملكَهُ . . لجازَ بيعهُ ، وبيعُهُ لا يجوزُ ؛ لأَنَّ المقصودَ منهُ مجهولٌ) .

فإذا قُلنا : يملكُه بالإحياءِ . . فإحياؤُهُ هوَ العملُ الَّذي يَتوصَّلُ بهِ إلىٰ نيلِهِ ، وقبلَ ذٰلكَ تحجُّرٌ .

وإنْ قُلنا : إنَّه لاَ يملكُهُ . . فلا يجوزُ تحجُّرهُ ، بلْ لكلِّ أَحدٍ أَنْ يَجيءَ ويأخذَ منهُ .

فإنْ أَطالَ المقامَ عليهِ ، فهل تُزالُ يدُهُ ؟ علىٰ وجهينِ ، كما قُلنا في المعادنِ الظاهرةِ .

وإنْ سَبقَ إليهِ اثنانِ في حالةٍ واحدةٍ . . فهوَ كما لَو سَبقا إلىٰ معدنٍ ظاهرٍ علىٰ ما مضىٰ . هٰذا ترتيبُ الشيخِ أَبي إسحاقَ ، وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ والمحامليُّ : أَنَّه لا يأتي فيهِ إلاَّ وجهانِ :

أَحدُهما : يُقرعُ بينهُما .

والثاني : يُقدِّمُ الإمامُ مَنْ يَرىٰ منهُما . ولا يجيءُ الثالثُ ، وهوَ : أَنْ يقسمَ بينهُما ؛ لأَنَّ الموضعَ لاَ يَتَّسِعُ إلاَّ لأَحدِهما .

فرعٌ : [غلبة المسلمين علىٰ أرض معدن] :

وإنْ عَمِلَ جاهليٌّ في المَواتِ علىٰ معدنٍ باطنٍ ، وظَهرَ علىٰ نيلهِ ، ثمَّ غلبَ المسلمونَ علىٰ تلكَ الأَرضِ . . فهوَ كما لَو لَم يعملْ عليهِ . وهل يُملَكُ بالإحياءِ ؟ علىٰ القولينِ .

فإنْ قيلَ : هلاَّ قلتُم : إنَّه يصيرُ غنيمةً علىٰ القولِ الَّذي يقولُ : إنَّ هٰذهِ المعادنَ تُملَكُ بالإحياءِ ؟

فالجوابُ : أَنَّ المعادنَ إنَّما تُملَكُ بالإحياءِ إذا قَصدَ المُحيي تملُّكَها ، ونحن لا نَعلمُ أَنَّ الجاهليَّ قصدَ تملُّكَها أَم لاَ ، فجرىٰ مجرىٰ مَنْ حفرَ بئراً في مَواتٍ وارتحلَ عنْها ، فإنَّه يجوزُ لغيرِهِ الانتفاعُ بها ؛ لأنَّا لاَ نعلَمُ أَنَّه يملِكُها أَم لاَ ؟ .

فرعٌ : [إحياء الأرض يقتضي ملكها وما فيها] :

إِذا أَحيَا رجلٌ مَواتاً . . مَلَكَها . فإِنْ ظَهرَ بها معدنُ ذهبٍ أَو فضَّةٍ أَو غيرِ ذٰلك ممَّا ذكرنا . . ملكَ ذٰلكَ المعدنَ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّه قد ملكَ الأَرضَ بالإِحياءِ ، فملكَ جميعَ أَجزائِها ، والمعدنُ مِنْ أَجزائِها ، فملكَهُ ، كما لو أَحيا أَرضاً فنبع فيها عينُ ماءٍ .
ويفارقُ إِذا حفرَ في المَواتِ معدناً منفرداً في أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّه لَم يملكِ الأَرضَ ، وإِنَّما قصدَ تملُّكَ المعدنِ ، والمَواتُ لا تُملَكُ إِلاَّ بعمارةٍ ، ولا يوجدُ ذٰلكَ في المعدنِ .

مسأَلةٌ : [مقاعد الباعة في الأسواق] :

ويجوزُ القعودُ بمقاعدِ الأَسواقِ ، ورحابِ المساجدِ[1] ، والطرقِ الواسعةِ للبيعِ والشراءِ **بإِجماعِ الأُمَّةِ** علىٰ جواز ذٰلكَ .

فإِنْ سبقَ رجلٌ إِلىٰ شيءٍ مِنْ هٰذهِ المواضعِ . . كانَ أَحقَّ بهِ[2] ؛ لقولهِ ﷺ : « مِنَىٰ مَنَاخُ مَنْ سَبَقَ »[3] .

ولَه أَنْ ينصبَ فيها ما يَستظِلُّ بهِ ممَّا ينقلُهُ معَهُ ولا يضرُّ بهِ علىٰ الناسِ ، كالبواري[4] ونحوهِ .

---

(١) لما روىٰ عن أبي هريرة مسلم (٢١٧٩) في السلام بلفظ : « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه . . فهو أحق به » .
(٢) إلا أن يفارقه تاركاً لحرمته مثلاً ، أو منتقلاً إلىٰ غيره .
(٣) أخرجه من طريق وكيع عن عائشة الصديقة أبو داود (٢٠١٩) في المناسك ، والترمذي (٨٨١) في الحج ، وابن ماجه (٣٠٠٦) و(٣٠٠٧) في المناسك ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٥/ ١٣٩) في الحج ولفظه : « لا ، منىٰ مناخ من سبق » .
قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح . قال ابن العربي في « عارضة الأحوذي » : فإذا نزل رجل بمنىٰ برحله ، ثم خرج لقضاء حوائجه لم يجز لأحد أن ينزع رحله لمغيبه منه . وهٰذا أصل في جواز كل مباح للانتفاع به ، خاصة الاستحقاق والتملك .
(٤) **البواري** ـ جمع بوريّ ـ : وهو الحصير ، ويقال لها : البارياء .

وليسَ لَه أَنْ يبنيَ فيها دكّةً ولا بيتاً ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ ضرراً علىٰ الناسِ .

فإِنْ جاءَ آخرُ ، وقعدَ بينَ يديِ الأَوّلِ حتَّىٰ ضيَّقَ عليهِ المكانَ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٤٤] : كانَ لَه منعُهُ .

فإِنْ قامَ رجلٌ مِنْ شيءٍ مِنْ هٰذهِ المواضعِ وتركَ رحلَهُ فيهِ . . لَم يكنْ لغيرهِ أَنْ يقعدَ فيهِ ؛ لأَنَّ يدَ الأَوّلِ لَم تَزُلْ عنهُ . فإِنْ نقلَ رحلَه عنهُ :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ والبغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : فلغيرهِ أَنْ يقعدَ فيهِ ؛ لأَنَّ يدَ الأَوّلِ زالتْ عنهُ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٤٣] : إِذا فارقَ ذٰلكَ الموضعَ ليلاً . . فليسَ لغيرهِ أَنْ يقعدَ فيهِ . وكذٰلكَ لَو لَم يقعدْ فيهِ يوماً أَو يومينِ لمرضٍ أَو شغلٍ . . فليسَ لغيرهِ أَنْ يقعدَ فيهِ . وإِنْ طالتْ غيبتُهُ . . بطلَ حقُّهُ ، ولغيرهِ أَنْ يقعد فيهِ ، ولا يردُّهُ عليهِ إِذا عادَ .

قالَ : وهٰكذا لو كانَ جالساً في مسجدٍ فسبقَهُ الحدثُ فذهبَ ليتوضَّأَ . . لَم يكنْ لغيرهِ أَنْ يجلسَ في مكانهِ .

فرعٌ : [للإمام المنع من القعود] :

وإِنْ قعدَ رجلٌ في شيءٍ مِنْ هٰذهِ المواضعِ وأَطالَ الإقامةَ . . فهل للإمامِ أَنْ يزيلَ يدَهُ عنهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، كما قُلنا فيمَنْ سبقَ إِلىٰ معدنٍ ظاهرٍ وأَطالَ .

وإِنْ جاءَ ٱثنانِ إِلىٰ ذٰلكَ الموضعِ في حالةٍ واحدةٍ ، ولَم يتَّسِعِ المكانُ لهُما . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يقرعُ بينهُما .

والثاني : يقدِّمُ الإمامُ أَحدَهما ، كما قُلنا في الرَّجلينِ إِذا جاءا معاً إِلىٰ معدنٍ ظاهرٍ .

ولا يجيءُ الوجهُ الثالثُ هناكَ هاهُنا ـ وهوَ : أَنْ يقسمَ بينهُما ـ لأَنَّ الموضعَ لاَ يتَّسِعُ لهُما ، فلا فائِدةَ في قِسمتهِ .

فرعٌ : [مواضع النجعة في البادية] :

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٤٣] : المواضعُ الَّتي ينزلُ بها أَهلُ البادِيةِ للنُّجعةِ[١] ، فمَنْ نزلَ بها . . فهوَ أَحقُّ بها ، وكذا لو أَرسلَ نعَمَهُ في صحراءَ . . فليسَ لغيرِهِ أَنْ يُنَحِّيَ نَعَمَهُ عنْها ، ويرسلَ نَعَمَهُ فيها .

والله تعالىٰ أعلم

* * *

---

(١) النجعة : النزول طلباً للكلأ والمرعىٰ ، ومنه المثل : (من أجدب انتجع) .

بابُ الإقطاعِ(١) والحِمَىٰ(٢)

يجوزُ للإمامِ أَنْ يُقطِعَ المَواتَ لِمَنْ تَملَّكَها بالإحياءِ ؛ لِمَا رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ أَقطعَ الزُّبيرَ حُضْرَ فَرسِهِ ـ يعني : عَدْوَهُ ـ فأَجراهُ ، فلمَّا قامَ . . رمىٰ بسوطِهِ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « أَقْطِعُوْا لَهُ مِنْ ميتتها سَوْطَهُ »(٣) .

و : (أَقطعَ أَبو بكرٍ رضيَ اللهُ عنهُ)(٤) ، ورويَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ أَقطعَ العقيقَ) ولَم يُنكرْ عليهِما أَحدٌ ، فدلَّ علىٰ إِجماعِهم علىٰ صحَّةِ الإِقطاعِ .

ولا يُقطِعُ الإمامُ أَحداً مِنَ المَواتِ إلاَّ ما يَقدرُ المُقطَعُ لَه علىٰ إِحيائِهِ ؛ لأَنَّه إِذا أَقطعَهُ ما لا يقدرُ علىٰ إِحيائِهِ . . اَستضرَّ الناسُ بذٰلكَ مِنْ غيرِ فائدةٍ .

ومَنْ أَقطعَهُ الإمامُ شيئاً . . صارَ أَحقَّ بهِ ، كالَّذي يتحجَّرُ شيئاً مِنَ المَواتِ باَبتداءِ العملِ علىٰ ما مضىٰ بيانُهُ .

---

(١) **الإقطاع** : هو اختصاص الأمير أحد أفراد رعيته بمساحة معينة من الأرض دون غيره من الناس .

(٢) **الحمىٰ** : ما لا يُقرَب ولا يُجترَأ عليه ، ومنه الحديث : « ألا وإن لكل ملك حمىٰ » رواه عن النعمان بن بشير البخاري (٥٢) في الإيمان ، ومسلم (١٥٩٩) في المساقاة : أي ليس لأحد أن يحمي من مراعي الكلأ ـ التي الناس فيها سواء ـ حمىٰ يستأثر برعيه لماشيته ودوابه ، فمن تعدىٰ ودخله أوقعوا فيه العقوبة ، ومن احتاط لنفسه ابتعد عن ذٰلك الحمىٰ ، قال الشاعر :

ونـرعـىٰ حمـىٰ الأقـوام غيـرَ محـرَّم   علينا ولا يُـرعـىٰ حمـانـا الـذي نحمي

(٣) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما أحمد في المسند (٢/ ١٥٦) ، وأبو داود (٣٠٧٢) وفيه : « أعطوه من حيث بلغ السوط » ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٤) في إحياء الموات . قال في « تلخيص الحبير »(٣/ ٧٣) : وفيه العمري الكبير وفيه ضعف ، وله أصل من حديث أسماء في الصحيحين . ميتتها : أي الأرض الموات ، وفي (م) : (متنها) .

(٤) روىٰ عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر أبو عبيد في « الأموال » (٦٨٨) : (أن أبا بكر رضي الله عنه قطع لعيينة بن حصن قطيعة وكتب له بها كتاباً) .

وروىٰ عن عروة البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٤) : (أن أبا بكر أقطع الزبير ما بين الجرف إلىٰ قناة) .

مسألَةٌ : [إقطاع المعدن] :

وأمَّا إقطاعُ المعادنِ : فينظرُ فيهِ : فإنْ كانَ معدناً ظاهراً ـ وهوَ : الَّذي يُتوصَّلُ إلىٰ نيلهِ مِنْ غيرِ إحداثِ عملٍ ـ كالأنهارِ والعيونِ وما أشبهَهُ . . فلا يصحُّ إقطاعُهُ ؛ لمَا رويَ : (أنَّ الأبيضَ بنَ حمَّالٍ المازنيَّ وفدَ علىٰ النبيِّ ﷺ ليُقطِعَهُ ملحَ مأرِبَ ـ فرويَ : أنَّهُ أقطعَهُ ، ورويَ : أنَّهُ أرادَ أنْ يُقطِعَهُ ـ فقالَ لَه رجلٌ مِنَ المجلسِ ـ قيلَ : إنَّهُ الأقرعُ بنُ حابسٍ ـ : أتدري يا رسولَ اللهِ ما الَّذي تُقطِعُهُ ؟ إنَّما تُقطِعُهُ الماءَ العِدَّ ، فانتزعَهُ النبيُّ ﷺ)[١] .

وفي روايةِ الشافعيِّ [في « الأم » ٣/ ٢٦٥] : قالَ : « فلا آذَنُ » ، وذكرَ في « المهذَّبِ » [١/ ٤٣٢] : فاستقالَهُ النبيُّ ﷺ ، فقالَ الأبيضُ : قدْ أقلتُكَ فيهِ علىٰ أنْ تجعلَهُ مِنِّي صدقةً ، فقالَ : « هُوَ مِنْكَ صَدَقَةٌ »[٢] .

---

(١) أخرجه عن رجل من أهل مأرب عن أبيه الشافعي في «الأم» (٣/ ٢٦٥) باب : ما يكون إحياءً .
وأخرجه من طريق عمر بن يحيىٰ بن قيس المازني عمَّن حدثه عن أبيض أبو عبيد في « الأموال » (٦٨٥) .
وعن أبيض ـ بألفاظ متقاربة ـ أبو داود (٣٠٢٨) و(٣٠٦٤) في الخراج ، والترمذي (١٣٨٠) في الأحكام ، وابن ماجه (٢٤٧٥) في الرهون ، وابن حبّان في « الإحسان » (٤٤٩٩) وإسناده حسن ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٧٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٩) في إحياء الموات ، باب : ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة . قال الترمذي : حديث أبيض حديث غريب ، والعمل علىٰ هٰذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم من القطائع ، يرون جائزاً أن يقطع الإمام لمن يرىٰ ذٰلك . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٧٤) : رواه أصحاب السنن الأربعة من طريق محمد بن يحيىٰ بن قيس المازني عن أبيه ، عن سميّ بن قيس ، عن شمير عن أبيض ، وطرّقه النسائي ، وصحّحه ابن حبان ، وضعّفه ابن القطان .
مأرب : كمنزل ، موضع باليمن ملحة . العِدّ : الدائم الذي لا انقطاع لمادته ، وجمعه : أعداد .

(٢) أخرج طرفه من طريق سعيد بن أبيض ، عن أبيه الدارميّ في « السنن » (٢٦١١) ، وابن ماجه (٢٤٧٥) ، والطبراني في « الكبير » (٨٠٨) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٧٦) وفيه أيضاً : (وهو مثل الماء العِدِّ من ورده أخذه) و : (فقطع له نبيّ الله ﷺ أرضاً ونخيلاً بالجرف) .

و(الماءُ العِدُّ) : هوَ الَّذي لاَ ينقطعُ ، وأَرادَ : أَنَّهُ بمنزلةِ ما لاَ ينقطعُ مِنَ الماءِ .

فإِنْ قيلَ : في الخبرِ ما يدلُّ علىٰ أَنَّ النبيَّ ﷺ أَقطعَهُ إِيَّاهُ ، ثمَّ تبيَّنَ أَنَّهُ أَخطأَ فٱستردَّهُ ، وأَنَّ الخطأَ عليهِ جائزٌ . . قُلنا : عَنْ هٰذا أَجوبةٌ :

أَحدُها : أَنَّ النبيَّ ﷺ قدْ كانَ أَقطعَهُ إِيَّاهُ ولَم يُخطىء في الحكمِ ، وإِنَّما أَخطأَ في الصورةِ ؛ لأَنَّهُ ظنَّ أَنَّهُ معدنٌ باطنٌ يحتاجُ الانتفاعُ بهِ إِلىٰ نفقةٍ ومؤنةٍ ، فلمَّا أُخبرَ أَنَّهُ معدنٌ ظاهرٌ لاَ يحتاجُ إِلىٰ نفقةٍ ومؤنةٍ . . ٱمتنعَ .

والثاني : أَنَّهُ وإِنْ أَخطأَ في الحكمِ فالخطأُ في الحكمِ جائزٌ علىٰ الأَنبياءِ صلَّىٰ اللهُ عليهِم وسلمَ ، وإِنَّما لاَ يقرُّهُمُ اللهُ علىٰ بهِ بخلافِ غيرِهِم ، فإِنَّهُم يُخطِئوْنَ ويُقَرُّونَ عليهِ .

والثالثُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ لَم يكنْ أَقطعَهُ ، وإِنَّما أَرادَ أَنْ يقطعَهُ ، فلمَّا أُخبرَ أَنَّهُ كالماءِ العِدِّ . . ٱمتنعَ مِنْ إِقطاعهِ .

فعلىٰ هٰذا : لَم يُخطىء في حكمٍ ولاَ في صورةٍ ، بل كان وعدَه ، ثمَّ استقالَهُ ؛ لتطيب نفسُه منَ النفقةِ .

وأَمَّا المعادنُ الباطِنةُ ـ وهيَ : المعادنُ الَّتي لاَ يُتوصَّلُ إِلىٰ أَخذِ ما فيها إِلاَّ بحفرٍ بعدَ حفرٍ ـ كمعادنِ الذَّهبِ والفضَّةِ : فإِنْ قُلنا : يجوزُ تملُّكُها بالإِحياءِ . . جازَ إِقطاعُها ، كما قُلنا في المَواتِ ، وإِنْ قُلنا : لا تُملَكُ بالإِحياءِ . . فهل يجوزُ إِقطاعُها ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ إِقطاعُها ؛ لأَنَّها لاَ تُملَكُ بالإِحياءِ ، فلَم يَجُزْ إِقطاعُها ، كالمعادنِ الظاهرةِ .

والثاني : يجوزُ إِقطاعُها ؛ لمَا رويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ أَقطعَ بلالَ بنَ الحارثَ معادنَ القبليَّةِ ، جَلسِيَّها وغَوريَّها ، وحيثُ يصلحُ الزرعُ مِنْ قُدْسَ ، ولَم يعطِهِ حقَّ مسلم ، وأخذَ منهُ الزكاةَ)[1] ، ولأَنَّهُ يجوزُ إِقطاعُ ما لا يُملَكُ بالإِحياءِ ، كمقاعدِ الأَسواقِ والطُّرقِ .

---

(١) سلف في الزكاة ، وأخرجه عن عوف المزنيّ أبو داود (٣٠٦٢) و(٣٠٦٣) في الخراج .
ورواه عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، عن غير واحد مرسلاً مالك في « الموطأ » (١/ ٢٤٩) ، وأبو داود (٣٠٦١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٤٨ و١٤٩) .
الجلسيّ ـ نسبة إلى الجَلْس ـ: كل مرتفع من الأرض . **الغوريّ** ـ نسبة إلى الغور ـ: كل=

وإنْ شئتَ قلتَ : في المعادنِ الباطنةِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : تُملَكُ بالإِحياءِ ، ويجوزُ إِقطاعُها .

والثاني : لا تُملَكُ بالإِحياءِ ، ولا يجوزُ إِقطاعُها .

والثالثُ : لا تُملَكُ بالإِحياءِ ، ويجوزُ إِقطاعُها .

فإذا قُلنا : يجوزُ إِقطاعُها . . لَم يُقطعِ الإِمامُ منها رجلاً إِلاَّ ما يقومُ بعمارتهِ ، كما قُلنا في المواتِ .

فرعٌ : [يجوز إقطاع مقاعد الأسواق] :

ويجوزُ إِقطاعُ مقاعدِ الأَسواقِ ، والطُّرقِ الواسعةِ ، فإذا أَقطعَهُ الإِمامُ شيئاً مِنْ ذٰلكَ . . صارَ أَحقَّ بهِ مِنْ غيرِهِ . فإنْ قامَ عنهُ ونقلَ رَحْلَهُ عنهُ ، ثمَّ رجعَ إِليهِ ووَجدَ غيرَهُ فيهِ . . فالأَوَّلُ الَّذي أَقطعَهُ الإِمامُ أَحقُّ بهِ . وهٰذا هوَ الفرقُ في الارتفاقِ بهٰذهِ المواضعِ بغيرِ الإِقطاعِ ، وبالإِقطاعِ .

مسأَلةٌ : [المعدن الباطن لمالك الأرض] :

ومَنْ ملكَ معدناً باطناً ، ثمَّ جاءَ غيرُهُ وأَخذَ منهُ شيئاً ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ بغيرِ إِذنِ المالكِ . . كانَ ما أَخرجَهُ لمالكِ المعدنِ ، ولا أُجرةَ للمخرِجِ ، وإِنْ كانَ بإِذنهِ . . نظرتَ :

فإِنْ قالَ : ٱستخرجْهُ لنفسِكَ ، فأَخرجَهُ . . فالهبةُ فاسدةٌ ؛ لأَنَّهُ مجهولٌ ، ويأخذُهُ مالكُ المعدنِ ، ولا أجرةَ للمخرِجِ ؛ لأَنَّهُ أَخرجَهُ لنفسِهِ .

فإِنْ قيلَ : أَليسَ لَو قارضَهُ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ كلُّهُ للعاملِ ، فعملَ وربحَ . . كانَ القِراضُ فاسداً ، وكانَ الرِّبحُ لربِّ المالِ وللعاملِ أُجرةُ ما عَمِلَ ؟

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فإِنَّ أَصحابَنا قالوا : الفرقُ بينهُما : أَنَّ العملَ وقعَ لغيرِهِ ؛ لأَنَّ

= ما انخفض من الأرض . **القبلية** : ناحية قرب المدينة ، وقيل : ناحية الفرع .

العملَ في رأسِ المالِ وهوَ يعلمُ أنَّهُ لغيرِهِ ، والبيعَ والشراءَ وقعَ لصاحبِ المالِ ، وهاهُنا عَمِلَ لنفسهِ ؛ لأنَّهُ اعتقدَ أنَّ ما يعملُ فيهِ لَه .

قالَ ابنُ الصبَّاغِ : والفرقُ الجيِّدُ عندي : أنَّ إذنَهُ هاهُنا تمليكٌ للعينِ الموجودةِ ، والعملُ فيها لاَ يكونُ بالإذنِ ؛ لأنَّ عملَهُ في ملكِ نفسِهِ لاَ يفتقرُ إلىٰ إذنِ غيرِهِ ، فلَم يستحقَّ في مقابلَتهِ شيئاً . وأمَّا القِراضُ : فإنَّهُ لا يُملكُ فيهِ بالإذنِ إلاَّ التصرُّفُ ، وبهِ يُملَكُ الرِّبحُ ، فإذا لَم يحصلْ لَه بتصرُّفهِ ملكُ ما يحصلُ بالتصرُّفِ ، وحصلَ لغيرِهِ . . كانَ لَهُ أُجرةُ العملِ الَّذي حصلَ بهِ ملكُ غيرِهِ .

وإنْ قالَ مالكُ المعدنِ : استخرجهُ لي ، ولَم يَشرِطْ لَه أُجرةً ، فاستخرجَ لهُ منهُ شيئاً . . كانَ المخرَجُ لمالكِ المعدنِ .

وهل يستحقُّ المخرِجُ أُجرةَ المِثلِ علىٰ مالكِ المعدنِ ؟ فيهِ أَربعةُ أَوجهٍ ، مضىٰ ذكرها .

وإنْ شَرطَ لَه أُجرةً معلومةً علىٰ عملٍ معلومٍ ، بأَنْ قالَ : استأجرتُكَ أَنْ تحفرَ ليَ كذا وكذا يوماً بكذا . . صحَّ . وإنْ قالَ : إنْ أَخرجتَ لي كذا وكذا فلكَ كذا . . صحَّ ، وكان جُعالةً[1] .

مسأَلةٌ : [الحمىٰ لموضع] :

وأمَّا الحِمَىٰ : فهوَ أَنْ يَحميَ الرجلُ موضعاً مِنَ المواتِ الَّذي فيهِ الكلأُ لِيَرْعىٰ فيهِ البهائمَ ، يقالُ : حمىٰ الرجلُ يحمي حِمىً ، وحامىٰ يُحامي مُحاماةً ، وحِمَاءً ، فيجوزُ قصرُ الحِمىٰ ومدُّهُ ، **والمشهورُ فيهِ** القصرُ . قالَ الشاعرُ :

أَبحتَ حِمَىٰ تهامةَ ثمَّ نجدٍ وما شيءٌ حَميتَ بمستباحِ[2]

إذا ثبتَ هٰذا : فإنَّ الحِمىٰ كانَ جائزاً للنبيِّ ﷺ ، فيَحمي لنفسِهِ وللمسلمينَ ؛ لمَا

---

(١) في (م) : (حقّاً له) .

(٢) البيت من بحر الوافر لجرير في « الديوان » (١/ ٨٩) ، وروي : (بعد نجد) .

رَوىٰ الصعبُ بنُ جثامةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ حِمَىٰ إِلاَّ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ »[١] .

فأَمَّا لنفسِهِ : فإِنَّهُ ما حَمىٰ ، وأَمَّا للمسلمينَ : فإِنَّهُ قد حمىٰ ، والدليلُ عليهِ : ما رويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ حَمىٰ النقيعَ لخيلِ المجاهدينَ)[٢] .

و(النقيعُ) بالنونِ : ٱسمٌ للمكانِ الَّذي حماهُ النبيُّ ﷺ .

وبالباءِ : ٱسمٌ لمقابرِ المدينةِ .

وأَمَّا آحادُ الرعيَّةِ : فليسَ لأحدٍ منهُم أَنْ يحميَ شيئاً مِنَ المَواتِ ؛ لأَنَّ الرجلَ العزيزَ في الجاهليةِ كانَ إِذا ٱنتجعَ بلداً مُخصِباً . . أَوفىٰ بكلبٍ علىٰ جبلٍ ، أَو نشزَ مِنَ الأَرضِ ـ إِنْ لَم يكنْ جبلٌ ـ ثمَّ ٱستعواهُ ، ووقفَ لَه مَنْ يَسمَعُ منتهىٰ صوتِهِ ـ وهو العواءُ ـ فحيث انتهىٰ صوتُهُ . . حَماهُ مِنْ كلِّ ناحيةٍ لضُعفاءِ ماشيتِهِ خاصَّةً ، ويرعىٰ معَ الناسِ في غيرِهِ ، فأَبطلَ النبيُّ ﷺ ذٰلكَ ، وقالَ : « لاَ حِمَىٰ إِلاَّ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ » .

وأَمَّا إِمامُ المسلمينَ : فليسَ لَه أَنْ يَحميَ لنفسِهِ ، قولاً واحداً ، وهل لَه أَنْ يحميَ لخيلِ المجاهدينَ ، ونَعَمِ الصَّدقةِ ، ونَعَمِ مَنْ يَضعفُ مِنَ المسلمينَ عَنْ طلبِ النُّجْعَةِ ؟ فيهِ قولانِ :

---

(١) أخرجه عن الصعب بن جثامة الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٣٣) ، و« الأم » (٣/ ٢٧٣) ، والمزني في « المختصر » (٣/ ١٠٦) ولم يذكر الصعب ، وأبو عبيد القاسم في « الأموال » (٧٢٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣٩١) ، والبخاري (٢٣٧٠) في الشرب ، وأبو داود (٣٠٨٣) في الخراج ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٣٨) وله شاهد : عن أبي هريرة رواه ابن حبان في « الإحسان » (٤٦٨٥) بإسناد صحيح .

(٢) أخرجه من طرق عن ابن عمر رضي الله عنهما أبو عبيد في« الأموال » (٧٤٠) في حمىٰ الأرض ، وأحمد في « المسند » (٢/ ١٥٥ و١٥٧) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٦٨٣) بإسناد صحيح ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٤٦) باب : ما جاء في الحمىٰ ، وفيه العمري المكبر وهو ضعيف ، بلفظ : (حمىٰ النقيع لخيل المسلمين ترعىٰ فيه) . وبلاغاً عند البخاري عقب حديث الصعب (٢٣٧٠) ، وأبو داود (٣٠٨٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٦) وزاد البخاري فيه : (وأن عمر حمىٰ الشرف والربذة) . والنقيع : يقع علىٰ بُعد عشرين فرسخاً من المدينة ، وقدره ميل في ثمانية أميال . ذكر ذٰلك ابن وهب في « موطئه » ، والأصل في النقيع : كل موضع ينتقع فيه الماء . اهـ« فتح » .

أحدُهما : ليسَ له ذٰلكَ ؛ لِقولهِ ﷺ : « لاَ حِمَىٰ إلاَّ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ » ، ولأنَّهُ لا يجوزُ لَه أَنْ يحميَ لنفسِهِ ، فلاَ يحمي لغيرِهِ كآحادِ الرَّعيَّةِ .

والثاني : يجوزُ ، وبهِ قالَ مالكٌ، وأبو حنيفةَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لمَا رويَ في بعضِ الأَخبارِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ حِمَىٰ إلاَّ للهِ وَلِرَسُوْلِهِ ولأَئِمَّةِ ٱلْمُسْلِمِيْنَ »[1] .

ورويَ : أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ : (أَتاهُ أَعرابيٌّ مِنْ أَهلِ نجدٍ وقالَ : يا أَميرَ المؤمنينَ : بلادُنا قاتلْنا عليها في الجاهليةِ ، وأَسلمْنا عليها ، فعلامَ تحميها ؟ فأَطرقَ عمرُ رضيَ اللهُ عنهُ وجعلَ يَنفخُ ويفتلُ شاربَهُ ـ وكانَ إذا كَرهَ أَمراً فعلَ ذٰلكَ ـ فجعلَ الأَعرابيُّ يردِّدُ ذٰلكَ عليهِ ، فقالَ عمرُ : المالُ مالُ اللهِ ، والعبادُ عبادُ اللهِ ، فلولاَ ما أَحملُ عليهِ في سبيلِ اللهِ . . ما حميتُ عليهِم شبراً في شبرٍ)[2] .

قالَ مالكٌ : (نُبِّئْتُ أَنَّهُ كانَ يحملُ في كلِّ عامٍ علىٰ أَربعينَ أَلفاً مِنَ ٱلظَّهرِ) ، وقالَ مرَّةً : (مِنَ الخيلِ)[3] .

ورويَ : (أَنَّ عُمرَ حمىٰ موضعاً وولَّىٰ عليهِ مولىً لَهُ يُسمَّىٰ هُنيّاً ، وقالَ : يا هنيُّ : ضُمَّ جناحكَ للنَّاسِ ، وٱتَّقِ دعوةَ المظلومِ ، فإِنَّ دعوةَ المظلومِ مجابةٌ ، وأَدخلْ ربَّ الصُّرَيْمَةِ وربَّ الغُنَيمَةِ ، وإِيَّاكَ ونَعَمَ ٱبنِ عفَّانَ ، ونَعَمَ ٱبنِ عَوفٍ ، فإِنَّهما إنْ تَهلِكْ ماشيتُهُما . . يَرجعا إِلىٰ نخلٍ وزرعٍ ، وإِنَّ ربَّ الصُّرَيْمَةِ والغُنَيمةِ ، إنْ تَهلِكْ ماشيتُهُ . . يأْتيني بعِيالِهِ فيقولُ : يا أَميرَ المؤمنينَ ، يا أَميرَ المؤمنينَ ، أَفتاركُهم أَنا ، لاَ أَبالَكَ ؟ إِنَّ الماءَ والكلأَ أَهونُ عليَّ مِنَ الدينارِ والدرهمِ ، وٱيمُ اللهِ : إِنَّهم ليَرونَ أَنِّي ظَلمتُهُم ،

---

(١) هٰذه الزيادة الواردة في بعض الأخبار لم نرها .

(٢) أخرجه عن عامر بن عبد الله بن الزبير ـ قال أبو عبيد : أحسبه عن أبيه ـ أبو عبيد القاسم في « الأموال » (٧٤٢) .

(٣) أخرجه عن مالك أبو عبيد في « الأموال » (٧٤٣) ، في حمىٰ الأرض ذات الكلأ . قال الحافظ في « الفتح » (٦/ ٢٠٥) : وجاء عن مالك أن عدَّة ما كان في الحمىٰ في عهد عمر بلغ أربعين ألفاً من إبل وخيل وغيرها ، وهٰذا الحديث ليس في « الموطأ » . قال الدارقطني في « غرائب مالك » : هو حديث غريب صحيح .
وفي الحديث : ما كان فيه عمر من القوة ، وجودة النظر ، والشفقة علىٰ المسلمين .

وإنَّ البلادَ لَبلادُهُم ، قاتَلوا عليها في الجاهليةِ ، وأَسلَموا عليها في الإِسلامِ ، والَّذي نفسي بيدِهِ : لولاَ المالُ الَّذي أَحملُ عليهِ في سبيلِ اللهِ . ما حَميْتُ شبراً مِنْ أَرضِ المسلمينَ)[1] .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فقولُهُ : (ضمَّ جناحكَ للناسِ) أَيْ : تَواضعْ لَهم . وقيلَ معناهُ : اِتَّقِ اللهَ ؛ لأَنَّ ضمَّ الجناحِ هوَ تقوىٰ اللهِ ، فكأَنَّهُ قالَ : اِتَّقِ اللهَ في المسلمينَ .

وقولُه : (وأَدخلْ ربَّ الصُّرَيْمَةِ والغُنَيمةِ) أَيْ : لاَ تمنعِ الضعفاءَ مِنْ هٰذا الحِمَىٰ . و(الصُّرَيْمَةُ) تصغيرُ صِرْمة ، وهيَ : ما بينَ العَشرِ إِلىٰ الثلاثينَ مِنَ الإِبلِ . وما دونَ العشرِ يقالُ لَه : الذَّودُ .

و(الغُنيمةُ)[2] : تصغيرُ غَنَمٍ .

وأَمَّا قولُه : (وإِيَّاكَ ونَعَمَ ٱبنِ عفّانَ ، ونَعَمَ ٱبنِ عوفٍ) أَيْ : لا تُدخلها الحِمَىٰ ؛ لأَنَّهما غنيّانِ لاَ يضرُّهُما هلاكُ نَعَمِهما .

إذا ثَبتَ هٰذا : وقُلنا : يجوزُ للإِمامِ أَنْ يحميَ . فإِنَّهُ يحمي قدراً لاَ يُضيِّقُ بهِ علىٰ المسلمينَ ؛ لأَنَّه إِنَّما يحمي للمصلحةِ ، وليسَ مِنَ المصلحةِ إدخالُ الضررِ علىٰ المسلمينَ .

فرعٌ : [حمىٰ النبيِّ لا ينقض] :

إِذا حمىٰ النبيُّ ﷺ مَواتاً لمصلحةٍ ، فإِنْ كانَ ما حَمىٰ لَه النبيُّ ﷺ مِنَ المصلحةِ باقياً . لَم يَجُزْ لأَحدٍ إِحياؤُهُ، وإِنْ زالَ ذٰلكَ المعنىٰ . فهلْ يجوزُ إِحياؤُهُ؟ فيهِ وجهانِ:

---

(١) أخرج خبر عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن أسلم مالك في « الموطأ » (٢/١٠٠٣) في دعوة المظلوم ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٣٤) ، وأبو عبيد في « الأموال » (٧٤١) ، والبخاري (٣٠٥٩) في الجهاد والسير ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٣٧ ـ ٢٣٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٦ ـ ١٤٧) .
وأخرجه عن الزهري عبد الرزاق في « المصنف » (١٩٧٥١) مرسلاً أن عمر رضي الله عنه . وفي البخاري : (ما حميت عليهم من بلادهم شبراً) .

(٢) الغُنيمة : ما بين الأربعين إلىٰ المئة من الشاة . قاله الأزهري في « الزاهر » (ص/ ٣٥٧) .

أحدُهما : لاَ يجوزُ ؛ لأَنّه ربَّما عادَ ذٰلكَ المعنىٰ فيُحتاجُ إلىٰ ذٰلكَ الحِمىٰ ، كما قُلنا في المحلَّةِ إذا خربتْ وفيها مسجدٌ . . فلاَ يجوزُ نقضُهُ ونقلُ خشبِهِ ، ولأَنَّ ما فعلَهُ النبيُّ ﷺ معلومٌ أنَّه مصلحةٌ ، فلاَ يجوزُ تغييرُهُ ، كما أَمرَ بالرَّمَلِ والاضْطِبَاعِ بسببٍ ، ولَم يُزَلْ بزوالِ ذٰلكَ السببِ .

والثاني : يجوزُ إحياؤُهُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الحكمَ إذا وجبَ لعلَّةٍ . . زالَ بزوالِ العلَّةِ ، بخلافِ المسجدِ ، فإنَّه يُرجىٰ عودُ العمارةِ فيُحتاجُ إلىٰ المسجدِ ولاَ يُتمكَّنُ منهُ ؛ لأَنّه لاَ يَحتاجُ إلىٰ الإنفاقِ عليهِ ، وليسَ كذٰلكَ الحِمىٰ ؛ لأَنّه إنْ عادَ ذٰلكَ المعنىٰ وٱحتيجَ إلىٰ الحِمىٰ . . فإنَّه يُحمىٰ في الوقتِ ، ولا شيءَ يتعذَّرُ .

فرعٌ : [حمىٰ الحاكم] :

وأَمَّا إذا حَمىٰ الإمامُ مَواتاً لمصلحةٍ ، وقُلنا : يصحُّ حِماهُ ، فأَحياهُ إنسانٌ ، فإنْ كانَ بإذنِ الإمامِ . . جازَ وملَكَهُ إذا أَحياهُ ؛ لأَنَّ إذنَ الإمامِ نقضٌ لذٰلكَ الحِمىٰ ، وإنْ أَحياهُ بغيرِ إذنِهِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فقدْ قيلَ : فيهِ وجهانِ ، وقيلَ : هُما قولانِ :

أَحدُهما : لاَ يملكُهُ مَنْ أَحياهُ ؛ لأَنَّها أَرضٌ محميَّةٌ ، فلَمْ يملِكْها مَنْ أَحياها ، كالَّذي حَماهُ النبيُّ ﷺ .

والثاني : يملكُهُ ؛ لأَنَّ المِلكَ بالإحياءِ ثبتَ بالنصِّ ، وحِمىٰ الإمامِ ٱجتهادٌ ، فكانَ النصُّ مقدَّماً علىٰ الاجتهادِ .

فرعٌ : [توسع النبي ﷺ بعد ملك خيبر وغيرها] :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : كانَ النبيُّ ﷺ في ٱبتداءِ الإسلامِ ـ حيثُ كانَ الأَمرُ ضيِّقاً ـ ما كانَ يدَّخِرُ إلاَّ قوتَ يومٍ لنفسِهِ وعيالِهِ ، ويتصدَّقُ بالباقي في برِّهِ[1] ، فلمَّا ٱنتشرَ

---

(١) في (م) : (يده) .

الإسلامُ ، وكثرتِ الفتوحُ ، وملكَ خيبرَ وبني النضيرِ وغيرَ ذٰلكَ . . اتَّسعَ ، فكانَ يدَّخرُ قوتَ سنةٍ لنفسِهِ وعيالِهِ ، ويتصدَّقُ بالباقي ، وكانَ ممَّنْ يملِكُ . وقالَ بعضُ الناسِ : ما كانَ يملكُ شيئاً ، ولا يتأتَّىٰ منهُ المِلْكُ ، وإنَّما أُبيحَ لَه ما يأْكُلُه وما يَحتاجُ إليهِ ، فأمَّا تملُّكُ شيءٍ : فلا . وهٰذا غلطٌ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ مَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر : ٧] فأضافَ ذٰلكَ إليهِ ، والإضافةُ تقتضي المِلكَ ، ولأنَّه ﷺ : (أعتقَ صفيَّةَ وتَزوَّجها وجعلَ عِتقَها صَدَاقَها) و : (استولَدَ ماريَةَ) ولا يكونُ ذٰلكَ إلاَّ في مِلكٍ .

فرعٌ : [لا حق لعِرق ظالم] :

رويَ عنِ النبيِّ ﷺ : أنَّهُ قالَ : « لَيسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » .

قالَ الشافعيُّ : (والعِرْقُ : ما وُضعَ في الأَرضِ للبقاءِ والدوامِ) .

والعروقُ أَربعةٌ :

عرقانِ ظاهرانِ ، وهُما : الغراسُ والبناءُ .

وعرقانِ باطنانِ ، وهُما : البئْرُ والنهرُ .

[وبالله التوفيق]

* * *

بابُ حكمِ المياهِ

إذا حفرَ الرجلُ بئراً في مِلكهِ . . فالبئرُ مِلْكٌ له ؛ لأَنَّ مَنْ ملكَ أَرضاً ملكَها إِلىٰ القرارِ ، فإِنْ نبعَ فيها ماءٌ فهلْ يملكُه ؟ علىٰ وجهينِ ، مضىٰ ذكرُهُما في البيوعِ .

وإِنْ حفرَ الرجلُ بئراً في مَواتٍ ليتملَّكَها ، فما لَم يَنبعْ فيها الماءُ . . فلاَ يَملِكُهُا ، لكنَّهُ متحجِّرٌ لها ، فإِنْ نبعَ فيها الماءُ وكانتْ صُلبةً لاَ تفتقرُ إِلىٰ طيٍّ ، أَو كانتْ رِخوةً فطوَاها . . ملكَ البئرَ ، وهلْ يملكُ ما فيها مِنَ الماءِ ؟ علىٰ الوجهينِ .

وإِنْ حفرَها في مَواتٍ لا ليتملَّكَها ، ولكنْ لينتفعَ بها ، فنبعَ فيها الماءُ . . فإِنَّه لا يَملِكُها ؛ لأَنَّه لَم يقصدْ تملُّكَها ، وإِنَّما قصدَ الارتفاقَ بها ، فلَمْ يَملِكْها . فما دامَ مقيماً عليها . . فهوَ أَحقُّ بها ؛ لأَنَّه سابقٌ إِليها ، فإِنْ أَزالَ يدَهُ عنها وجاءَ غيرُهُ . . كانَ أَحقَّ بها ؛ لأَنَّه ماءٌ مباحٌ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنَّ الماءَ الَّذي ينبعُ في البئرِ الَّتي يَملِكُها ، لاَ يلزمُهُ أَنْ يبذُلَ لغيرهِ منهُ ما يحتاجُ إِليهِ لنفسِهِ وماشيتِهِ وزرعِهِ وشجرِهِ .

وأَمَّا ما يَفضُلُ عنْ حاجةِ نفسِهِ وماشيتِهِ وزرعِهِ وشجرِهِ : فيجبُ عليهِ أَنْ يَبذُلَهُ لماشيةِ غيرِهِ إِذا كانَ بقربِ هٰذا الماءِ كلأٌ مباحٌ لاَ يمكنُ للماشيةِ رعيُهُ إِلاَّ بأَنْ تشربَ مِنْ هٰذا الماءِ ، فيلزمُ مالكَ الماءِ بذلُ الماءِ بغيرِ عِوضٍ . وبهِ قالَ مالكٌ وأَبو حنيفةَ .

وقالَ أَبو عُبيدِ بنِ حربٍ : لاَ يلزمُهُ ذٰلكَ ، وإِنَّما يُستحبُّ لَه بذلُهُ ، كما لاَ يلزمُهُ بذلُ الكلأِ في أَرضهِ لماشيةِ غيرِهِ .

ومِنَ الناسِ مَنْ قالَ : يلزمُهُ بذلُهُ بعوضٍ ، كبذلِ الطعامِ للمضطرِّ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لمَا روىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ ٱلْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ فَضْلُ ٱلْكَلأ »[1] .

---

(١) سلف ، وأخرجه من طرق عن أبي هريرة مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٤٤) في الأقضية ، وأبو عبيد في « الأموال » (٧٣١) ، وأحمد في « المسند » (٢/ ٢٤٤) ، والبخاري (٢٣٥٣) في=

ورويَ عنِ النبيِّ ﷺ : أنَّه قالَ : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ ٱلْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ ٱلْكَلأ . مَنَعَهُ ٱللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ »[1] فأَوجبَ عليهِ بذلَ الفضلِ مِنْ غيرِ عِوضٍ ، وتوعَّدَهُ علىٰ منعِهِ . والتوعُّدُ لاَ يكونُ إلاَّ علىٰ فعلِ معصيةٍ .

ولاَ يلزمُهُ بذلُ فضلِ الماءِ لزرعِ غيرِهِ وشجرِهِ . ومِنَ الناسِ مَنْ قالَ : يلزمُهُ بذلُ الفضلِ لزرعِ غيرِهِ وشجرِهِ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ التوعُّدَ إنَّما وردَ في منعِ فضلِ الماءِ ليمنعَ بِهِ فضلَ الكلأ ، ويخالفُ بذلَ الماءِ للماشيةِ ؛ لأَنَّ الماشيةَ لها حُرمةٌ بنفسها ، ولهٰذا يلزمُهُ سقيُ ماشيتِهِ ، والزرعُ والشجرُ لاَ حُرمةَ لَه بنفسِهِ ، ولهٰذا لَو كانَ لَه زرعٌ أَو شجرٌ لَم يلزمْهُ سَقيُهُ .

فرعٌ : [الشرب من النهر المملوك] :

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإذا كانَ لرجلٍ نهرٌ مملوكٌ . جازَ لكلِّ أَحدٍ أَنْ يتقدَّمَ ويشربَ منهُ ؛ لأَنَّ بهِ حاجةً إلىٰ ذٰلكَ ، وهوَ فاضلٌ عَنْ حاجةِ صاحبِ النهرِ ، إذا كانَ لا يؤثِّرُ فيهِ .

مسألةٌ : [الماء مباح أو مملوك حسب مكانه] :

المياهُ علىٰ ثلاثةِ أَضرُبٍ :

[الأَوَّلُ] : ماءٌ مباحٌ في موضعٍ مباحٍ .

= الشرب ، ومسلم (١٥٦٦) في المساقاة ، وأبو داود (٣٤٧٣) ، والترمذي (١٢٧٢) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٧٨) في الرهون ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٤٤٩٠) و(١٤٤٩٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٥١ و١٥٢) باب : ما جاء في النهي عن منع فضل الماء . قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(١) أخرجه عن أبي هريرة الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٣٠) في البيوع ، وفي الباب :
عن الحسن مرسلاً أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (٧٣١) .
وعن أبي قلابة أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٤٩٢) .
وعن طاووس مرسلاً رواه عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٤٩١) .

والثاني : ماءٌ مباحٌ في موضعٍ مملوكٍ .

والثالثُ : ماءٌ نبعَ في ملكٍ .

فأَمَّا الماءُ المباحُ في موضعٍ مباحٍ : فمثلُ الماءِ في الأَنهارِ العظيمةِ ، كدِجلَةَ والفُراتِ ، وما جرىٰ مِنْ ذٰلكَ إِلىٰ نهرٍ صغيرٍ ، وكالسيولِ في المَواتِ ، فهٰذا الماءُ الناسُ فيهِ شرعٌ واحدٌ ، لكلِّ أَحدٍ أَنْ يأخذَ منْهُ ، ومَنْ قبضَ منْهُ شيئاً . . ملكَهُ ، وفيهِ وردَ قولُه ﷺ : « النَّاسُ فِيْ ثَلاثَةٍ شُرَكَاءُ : ٱلمَاءِ وَٱلنَّارِ وَٱلكَلأِ »

وأَمَّا الماءُ المباحُ في موضعٍ مملوكٍ : فمثلُ أَنْ يحفرَ رجلٌ ساقيةً إِلىٰ أَرضهِ ، ويَرِدَ فيها الماءُ مِنْ هٰذهِ الأَنهارِ العظيمةِ ، أَو يَنزلَ في أَرضهِ ماءٌ مِنَ المطرِ . . فهٰذا الماءُ مباحٌ ؛ لأَنَّه ليسَ مِنْ نماءِ أَرضهِ ، وإِنَّما هوَ علىٰ أَصلِ الإِباحةِ . ولا يُملكُ المباحُ إِلاَّ بالتناولِ وهوَ : أَنْ يأْخُذَهُ في جرَّةٍ أَو جُبٍّ ، إِلاَّ أَنَّ صاحبَ الأَرضِ أَحقُّ بهِ لكونهِ في أَرضهِ ، ولا يجوزُ لغيرهِ أَنْ يَدخلَ إِلىٰ أَرضهِ بغيرِ إِذنهِ ، فإِنْ خالفَ الغيرُ ودخلَ إِلىٰ هٰذهِ الأَرضِ ، وأَخذَ شيئاً مِنْ هٰذا الماءِ . . ملَكَهُ ، وكانَ متعدِّياً بدخولِ أَرضِ غيرهِ بغيرِ إِذنهِ .

قيلَ للشيخِ أَبي حامدٍ : فإِنْ سقىٰ الرجلُ زرعَهُ بماءٍ مباحٍ ، أَيملكُ الماءَ الَّذي في أَرضهِ بينَ زرعهِ ؟ قالَ : لاَ يملِكُهُ ، كما لو دخلَ الماءُ إِلىٰ أَرضهِ وفيهِ سمَكَةٌ ، فإِنَّه لاَ يَملِكُ السمكَةَ بدخولِها إِلىٰ أَرضهِ ، وإِنَّما يكونُ أَحقَّ بها مِنْ غيرهِ .

وإِنْ توحَّلَ في أَرضهِ ظبيٌ ، أَو عشَّشَ فيهِ طائِرٌ . . فإِنَّه لا يَملِكُهُ لكونهِ في أَرضهِ ، ولٰكنْ لا يجوزُ لغيرهِ أَنْ يدخلَ إِلىٰ أَرضهِ ويأْخُذَ هٰذا الظبيَ والطيرَ منْها ؛ لأَنَّه لا يجوزُ لَه التخطِّي فيها بغيرِ إِذنِ مالِكِها ، فإِنْ خالفَ ودخلَها ، وأَخذَ الظبيَ والطيرَ منها . . ملَكَهُ بالأَخذِ .

وحكىٰ الطبريُّ في « العُدَّةِ » وجهاً آخرَ :

أَنَّه يملِكُ الظبيَ المتوحِّلَ في أَرضهِ والطائِرَ الَّذي عشَّشَ في أَرضهِ ، وليسَ بشيءٍ .

وإِنْ نصبَ رجلٌ شبكةً فوقعَ فيها صيدٌ . . ملكَهُ ؛ لأَنَّ الشبكةَ كيَدِهِ .

وأَمَّا الضربُ الثالثُ ـ وهوَ الماءُ الذي ينبعُ في موضعٍ مملوكٍ ـ : فهوَ : أَنْ يَنبُعَ في

أَرضهِ عينُ ماءٍ ، أَو يَحفرَ في أَرضهِ بئراً أَو عيناً ، أَو يَحفرَ في المَواتِ بئراً ليتملَّكها ، ويَنبَعَ فيها الماءُ . . فقد مضىٰ ذِكرُ هٰذا في أَوّلِ البابِ .

فرعٌ : [السقي من الأنهار] :

وأَمّا السقيُ بالماءِ : فإِنْ كانَ الماءُ مباحاً في موضعٍ مباحٍ : فإِنْ كانَ نهراً عظيماً لاَ يحصلُ فيهِ تزاحمٌ ، كدجلةَ والفراتِ ، وكالسّيولِ العظيمةِ . . فلكُلِّ أَحدٍ أَنْ يسقيَ منهُ متىٰ شاءَ وكيفَ شاءَ ؛ لأَنّه لاَ ضررَ علىٰ أَحدٍ بذٰلكَ .

وإِنْ كانَ يحصلُ فيهِ تزاحمٌ ، بأَنْ كانَ هٰذا الماءُ المباحُ في الموضعِ المباحِ قليلاً لا يُمكنُ سقيُ الأَرضِ إِلاَّ بجميعهِ . . فإِنَّ ترتيبَ السقيِ فيهِ : أَنَّ الأَعلىٰ يسقي أَرضَهُ منْها إِلىٰ أَنْ يَجولَ الماءُ في أَرضِهِ ـ إِذا كانتْ مستويةً ـ إِلىٰ الكعبينِ ، ثمَّ يرسلُ الماءَ إِلىٰ مَنْ تحتَهُ ، وعلىٰ هٰذا إِلىٰ أَنْ تنتهيَ الأَرضونَ ؛ لِما روىٰ عبادةُ بنُ الصَّامتِ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ قضىٰ في شربِ النخلِ مِنَ سيلٍ : أَنَّ للأَعلىٰ أَنْ يسقيَ حتَّىٰ يبلغَ الماءُ إِلىٰ الكعبينِ ، ثمَّ للأَسفلِ كذٰلكَ حتَّىٰ ينتهيَ الأَرضونَ)[1] .

وروىٰ ٱبنُ الزُّبيرِ : (أَنَّ الزبيرَ ورجلاً مِنْ الأَنصارِ ٱختصما في شِرَاجِ الحَرَّةِ الَّتي يَسقونَ بها النخلَ إِلىٰ النبيِّ ﷺ ، فقالَ الأَنصاريُّ : سَرِّحِ الماءَ يمرُّ ، فأَبىٰ عليهِ الزبيرُ ، فقالَ النبيُّ ﷺ للزُّبيرِ : « يَا زُبَيْرُ ٱسْقِ أَرْضَكَ ، ثُمَّ أَرْسِلِ ٱلْمَاءَ إِلَىٰ جَارِكَ » فغضبَ الأَنصاريُّ وقالَ : يا رسولَ اللهِ ، أَنْ كانَ ٱبنَ عمَّتِكَ! فتلوَّنَ وجهُ رسولِ اللهِ ﷺ ثمَّ قالَ : « يَا زُبَيْرُ ٱسْقِ أَرْضَكَ ، وَٱحْبِسِ ٱلْمَاءَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ إِلَىٰ ٱلْجَدْرِ » . قالَ الزبيرُ : فوَاللهِ إِنِّي لأَحسبُ هٰذهِ الآيةَ نزلتْ في ذٰلكَ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾[2] [النساء : ٦٥] .

---

(١) أخرجه عن عبادة بن الصامت ابن ماجه (٢٤٨٣) في الرهون ، بلفظ : (أن رسول الله ﷺ قضىٰ في شرب النخل من السيل أن الأعلىٰ فالأعلى يشرب قبل الأسفل) . قال البوصيري في « الزوائد » : في إسناده إسحاق بن يحيىٰ ، قال البخاري والترمذي وابن عدي : يروي عن عبادة ولم يدركه .

(٢) أخرجه من طرق ـ وبألفاظ متقاربة ـ عن عبد الله بن الزبير البخاري (٢٣٥٩) و(٢٣٦٠) في=

قالَ أَبو عُبيدٍ [في « غريب الحديث » (٢/ ٤)] : و(الشِّراجُ) : جمعُ شرجٍ ، والشَّرجُ : نهرٌ صغيرٌ . و(الحَرَّةُ) : أَرضٌ ملبَسةٌ بالحجارةِ . و(الجَذْرُ) : الجِدارُ .

فقيلَ : إِنَّ النبيَّ ﷺ كانَ أَمرَ الزبيرَ فِي المرَّةِ الأُولىٰ أَنْ يَسقيَ أَرضَهُ أَقلَّ مِنْ حقِّهِ مسامحةً لجارِهِ ، فلمَّا أَغضبَهُ الأَنصاريُّ . . أَمرهُ أَنْ يَسقيَ إِلىٰ الجَذْرِ ، وعلمَ أَنَّ الماءَ إِذا بلغَ إِلىٰ الجَذْرِ ، بلغَ إِلىٰ الكعبِ ، وذٰلكَ قدرُ حقِّهِ .

وقيلَ : بلْ كانَ أَمرَهُ في الأُولىٰ أَنْ يسقيَ أَرضَهُ قَدْرَ حقِّهِ ، وهوَ : أَنْ يبلغَ الماءُ إِلىٰ الكعبِ ، فلمَّا قالَ الأَنصاريُّ ما قالَ . . أَمرَهُ النبيُّ ﷺ أَنْ يسقيَ أَرضَهُ أَكثرَ مِنْ حقِّهِ عقوبةً للأَنصاريِّ ، إِذْ كانتِ العقوباتُ يومئذٍ في الأَموالِ .

قالَ أَصحابُنا : **والأَولُ أَشبهُ** .

وفرَّعَ أَبو جعفرٍ الترمذيُّ علىٰ هٰذا : إِذا كانَ لرجلٍ أَرضٌ بعضُها أَعلىٰ مِنْ بعضٍ ، ولاَ يقفُ الماءُ في العاليةِ إِلىٰ الكعبينِ حتَّىٰ يَحولَ في المتسفِّلةِ[1] إِلىٰ الرُّكبتَينِ . . فليسَ لَهُ أَنْ يَحبِسَ الماءَ في المتسفِّلةِ إِلىٰ الرُّكبتَينِ ، ولٰكنْ يَسقي المتسفِّلة إِلىٰ الكعبينِ ، ثمَّ يَسدُّها ، ويَسقي العاليةَ إِلىٰ الكعبينِ .

وفرَّعَ الترمذيُّ والإِصطَخريُّ علىٰ هٰذا فرعاً آخرَ وهوَ : إِذا أَرادَ رجلٌ أَنْ يحييَ مَواتاً ويجعلَ شُربَهُ مِنْ هٰذا النهرِ : فإِنْ لَم يَضِقِ الماءُ علىٰ الَّذينَ قدْ حصلتْ لَهمُ الأَرضُ والشربُ مِنَ النهرِ قبلَ هٰذا . . كانَ للثاني أَنْ يَسقيَ معهُم ؛ لأَنَّ الماءَ مباحٌ ، ولا ضرَرَ عليهِم في ذٰلكَ .

وإِنْ كانَ الماءُ يَضيقُ علىٰ أَهلِ الأَرضِ . . لَم يكنْ للثاني ذٰلكَ .

قالَ أَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : لأَنَّ مَنْ أَحيا مَواتاً . . ملكَهُ ، ومَلكَ مرافقَهُ وما يَصلُحُ

= الشرب وأطرافه كثيرة ، ومسلم (٢٣٥٧) (١٢٩) في الفضائل ، وأبو داود (٣٦٣٧) في الأقضية ، والترمذي (١٣٦٣) في الأحكام ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٥٤٠٧) و(٥٤١٦) في آداب القضاء ، وابن ماجه (١٥) في المقدمة و(٢٤٨٠) في الرهون .

(١) في (م) : (المستفلة) في المواضع .

بهِ . ومِنْ مرافقِ هٰذهِ الأَرضِ كفايتُها مِنَ الماءِ ، فإذا كانَ في إِحياءِ هٰذا نُقصانُ الماءِ عليهِم . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ .

وعلَّلَ الترمذيُّ تعليلاً آخرَ ، فقالَ : مَنْ سبقَ إِلىٰ شيءٍ مباحٍ . . كانَ أَحقَّ بهِ ، وهٰؤُلاءِ الذينَ تَقدَّمَ إِحياؤُهُم سَبَقوا إِلىٰ هٰذا الماءِ والشربِ منهُ ، فكانوا أَحقَّ بهِ مِنْ غيرِهِم .

فرعٌ : [السقي من ماء مملوك] :

وأَمَّا السقيُ مِنَ الماءِ المملوكِ : فإِنْ حَفرَ رجلٌ بئراً في مِلكهِ ، أَو نهراً ، ونبعَ فيهِ الماءُ . . فإِنَّه يملِكُ البئرَ والنهرَ ، وفي مِلكِهِ للماءِ وجهانِ .

وسواءٌ قُلنا : يملكُه ، أَو لاَ يملكُهُ . . فليسَ لأَحدٍ أَنْ يَدخُلَ مِلكَهُ بغيرِ إِذنهِ ليأْخُذَ منْهُ شيئاً ، فيسقي هٰذا الرجلُ أَرضَهُ بهٰذا الماءِ كيفَ شاءَ .

وإِنْ حفرَ بئْراً أَو نهراً في مِلكهِ ، ونزلَ فيها ماءٌ مباحٌ . . فإِنَّه لاَ يملِكُ هٰذا الماءَ ، ولكنَّهُ أَحقُّ بهِ ؛ لكونِهِ في أَرضهِ ، ويسقي بهِ أَرضَهُ كيفَ شاءَ . فإِنْ وقفَ رجلٌ في مَواتٍ بقربِ هٰذهِ البئرِ ـ أَوِ النهرِ ـ ورَمىٰ حَبْلاً عليهِ دَلوٌ في هٰذهِ البئرِ . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّه ينتفعُ بما هوَ مِلكُ غيرِهِ ، ولكنَّهُ إِنْ خالفَ وأَخذَ منهُ الماءَ . . ملكَهُ .

وإِنْ حفرَ جماعةٌ نهراً في مواتٍ ـ أَو بئراً ـ فنبعَ فيها الماءُ . . مَلكُوا النهرَ والبئرَ . وهلْ يملكونَ الماءَ ؟ علىٰ الوجهينِ .

فإِنْ أَرادوا أَنْ يَتساووا في المِلكِ . . تَساووا في النفقةِ .

وإِنْ أَرادوا التفاضلَ في المِلكِ . . تَفاضَلوا في النفقةِ ؛ لأَنَّهم إِنَّما مَلكوا بالعِمارة . . فٱختلفَ مِلكُهم بٱختلافِ نفقاتِهم .

إذا ثبتَ هٰذا : وأَرادوا السقيَ بهٰذا الماءِ ، فإِنِ ٱتَّفقوا علىٰ المُهايأَةِ ، وأَنْ يسقيَ كلُّ واحدٍ منهُم يوماً . . جازَ ، غيرَ أَنَّ المُهايأَةَ لا تَلزمُهم ، فمتىٰ أَرادوا نقضهَا . . جازَ .

وإِنْ أَرادوا قِسمتَهُ مِنْ غيرِ مُهايأَةٍ :

قالَ أَبو حعفرٍ الترمذيُّ : أَمكنَ ذٰلكَ ، بأَنْ تُؤخذَ خشبةٌ مستويةُ الطرفينِ والوسطِ ،

فتُفتَحُ فيها كِوَاءٌ[١] علىٰ قَدْرِ حقوقِهِم ، ثمَّ توضعُ في مكانٍ بينَ الأَرضينِ والنهرِ ، ويكونُ الموضعُ مستوياً ، ثمَّ يُجمعُ الماءُ إِلىٰ ذٰلكَ الموضعِ ، فيَدخلُ في كلِّ كَوَّةٍ قَدْرُ حقِّ صاحبِها ، فإذا فُعلَ ذٰلكَ . . فقد صارَ مقسوماً قسمةً صحيحةً ، وليسَ لأَحدِهم أَنْ يوسِّعَ كَوَّتَهُ ولاَ يعمِّقَها ؛ لأَنَّهُ يَدخلُ فيها بذٰلكَ أَكثرُ مِنْ حقِّهِ . فإِنْ تغيَّرتْ . . أَصلحَها .

فإِنْ أَرادَ أَحدُهم أَنْ يأخذَ حقَّهُ مِنَ الماءِ قبلَ موضعِ القسمةِ ، ويحفرَ ساقيةً إِلىٰ أَرضهِ . . لَمْ يكنْ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الحريمَ مشتركٌ بينَهُ وبينَ غيرِهِ ، فلَم يكنْ لَه خرقه[٢] .

وإِنْ أَرادَ أَحدُهم أَنْ يُديرَ قبلَ موضعِ القسمةِ رحىً . . لَم يكنْ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يضعُها في موضعٍ مشتركٍ بينَهُ وبينَ غيرِهِ بغيرِ إِذنِ شركائِهِ .

وإِنْ أَرادَ أَنْ يَنصبَ رحىً بعدَ موضعِ القسمةِ في ساقيتِهِ الَّتي تجري إِلىٰ أَرضهِ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ وضعَ الرحىٰ في مِلكٍ لَه منفردٍ بهِ .

فإِنْ أَحيا رجلٌ منهُم مواتاً ليسقيَها منْ مائِهِ مِنْ هٰذا النهرِ وساقيتِهِ ، أَو كانَ لَه أَرضٌ أُخرىٰ ليسَ لها رسمُ شربٍ مِنْ هٰذا النهرِ ، فأَراد أَنْ يسقيَها منهُ بمائِهِ ومِنْ ساقيتِهِ . . فذكرَ الشيخانِ ـ أَبو حامدٍ وأَبو إِسحاق ـ : ليسَ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يَجعلُ لهٰذهِ الأَرضِ شرباً مِنْ هٰذا النهرِ ، فلَم يكنْ لَه ذٰلكَ ، كرجلٍ لَه دارٌ في دربٍ لا يَنْفذُ ، فٱشترىٰ داراً في دربٍ آخرَ طريقُها منهُ ، فأَرادَ أَنْ يُنفِذَ إِحداهُما إِلىٰ الأُخرىٰ ، فإِنَّهُ لا يكونُ لَه ذٰلكَ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وهٰذا وجهٌ جيِّدٌ عندي ، غيرَ أَنَّ الدارَينِ قدِ ٱختلفَ أَصحابُنا فيها ، فمنهُم مَنْ جوَّزَ ذٰلكَ ، ويُمكنُ مَنْ جوَّزَ ذٰلكَ في الدارِينِ أَنْ يفرِّقَ بينَها وبينَ الأَرضِ ؛ لأَنَّ الدارَ لا يُستَطْرقُ منْها إِلىٰ الدرب ، وإِنَّما يُستطَرقُ إِلىٰ أُخرىٰ ، ومِنْ أُخرىٰ إِلىٰ الدرب ، وهاهُنا يُحملُ في الساقيةِ إِليها ، فيصيرُ لها رسمٌ في الشِّربِ .

---

(١) كِواء ـ جمع كَوَّة ـ : الثقبة في الحائط ، وزان : ظبية وظباء ، وركوة وركاء . والكوّة بالضم لغة ، وجمعها : كُوىٰ .

(٢) في هامش (م) : (حفره) وعليها علامة صح .

فرعٌ : [كَرْيُ النهر علىٰ المنتفعين] :

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إِذا كانَ النهرُ مشتركاً بينَ عَشرةٍ ، فأَرادوا أَنْ يكروهُ(١) ، فإِنَّ علىٰ الجماعةِ أَنْ يَشترِكوا في الكرْيِ في أَوَّلِهِ ، فإِذا جاوَزوا الأَوَّلَ . . كانَ علىٰ الباقينَ دُونَهُ ، فإِذا جاوَزوا الثاني . . كانَ علىٰ الباقينَ دُونَهُ . . . وعلىٰ هٰذا . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ أَبو يوسفَ ومحمَّدٌ : يشتركونَ في جميعِهِ ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ ينتفعُ بجميعهِ ؛ لأَنَّهُ ينتفعُ بأَوَّلِهِ بسقي أَرضهِ ، وبالباقي بصبِّ مائِهِ ، فكانَ الكريُ علىٰ الكلِّ بقَدْرِ شِربهِ وأَرضهِ .

ودليلُنا : أَنَّهُ ينتفعُ بالماءِ الَّذي في موضعِ شِربهِ ، فأَمَّا ما بعدَهُ : فإِنَّهُ يختصُّ بالانتفاعِ بهِ مَنْ دونَهُ ، فلاَ يُشارِكُهم فيهِ .

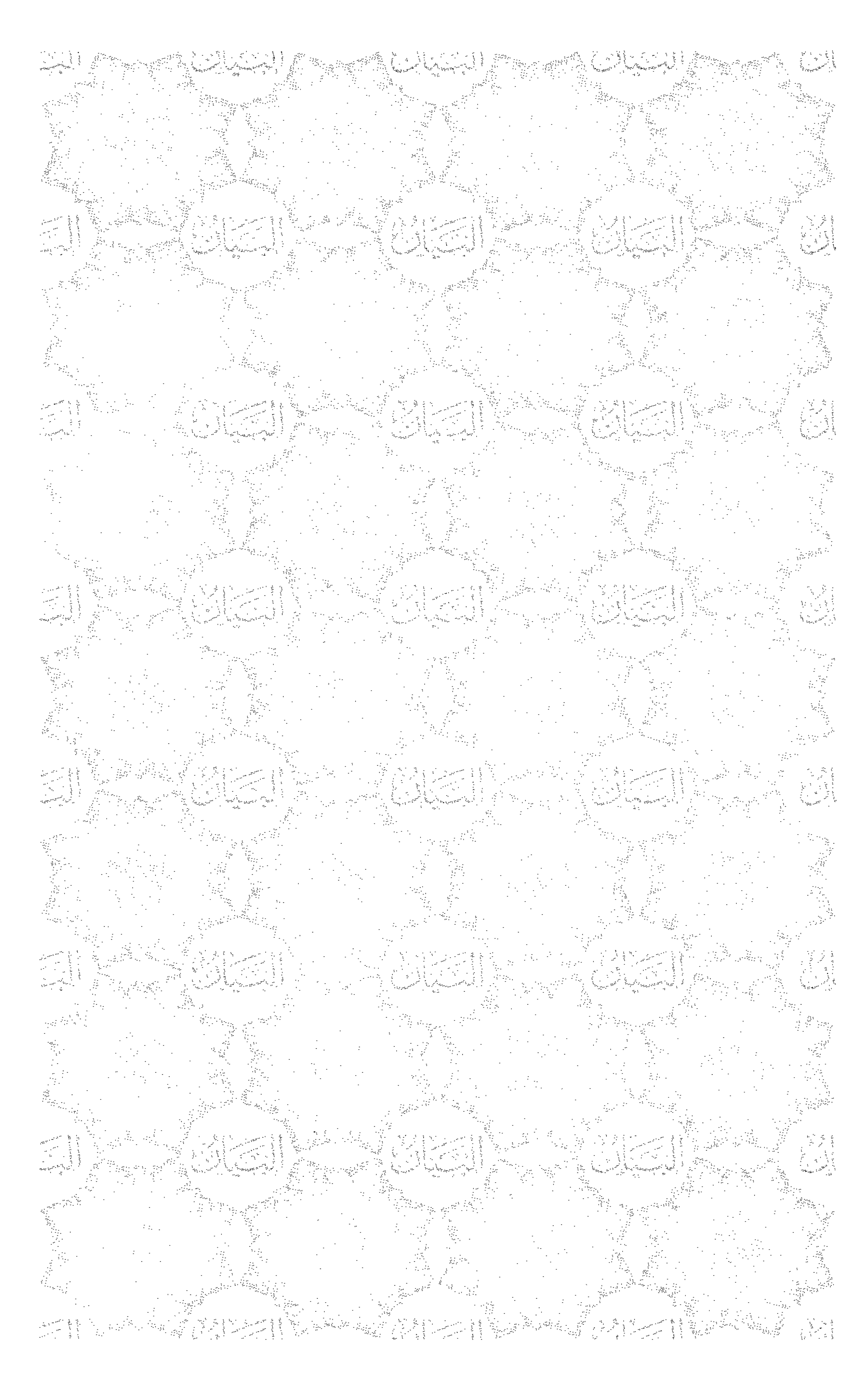
واللهُ أَعلمُ

* * *

(١) يكروه ، يقال : كريت النهر كرياً : حفرت فيه حفرة جديدة ، ويستعمل أيضاً بمعنىٰ : إزالة الطمي والرواسب من أسفل النهر ، وجاء اللفظ في الأصول : (الكسر) وهو خطأ .



كِتَابُ اللُّقَطَةِ



كتاب اللقطة(١)

اللُّقْطَةُ ـ بسكونِ القافِ ـ : هوَ المالُ الملقوطُ .

وأَمَّا **اللُّقَطَةُ** ـ بفتحِ القافِ ـ : فاختلفَ أَهلُ اللُّغةِ فيها :

فقالَ الأَصمعيُّ وابنُ الأَعرابيِّ والفَرَّاءُ : هوَ اسمُ المالِ الملقوطِ .

وقالَ الخليلُ : هوَ اسمُ الرَّجلِ لملتقِطِ ؛ لأَنَّ ما جاءَ علىٰ وزنِ فُعَلَةٍ . . فهوَ اسمُ الفاعلِ ، كقولِهِم : هُمَزَةٌ ولُمَزَةٌ وضُحَكَةٌ(٢) .

إذا ثبتَ هٰذا : فإذا وجدَ الحُرُّ الرشيدُ لُقطَةً . . لَم تَخلُ : إِمَّا أَنْ يجدَها في موضعٍ مملوكٍ ، أَو في موضعٍ مباحٍ :

فإِنْ وَجدَها في موضعٍ مملوكٍ . . فهيَ لمَالكِ ذٰلكَ الموضعِ ؛ لأَنَّ يدَهُ ثابتةٌ علىٰ الموضعِ وعلىٰ ما فيهِ ، إِلاَّ إِنْ قالَ مالكُ الموضعِ : ليستْ بمِلكٍ لي .

وإِنْ وَجدَها في موضعٍ مباحٍ . . فلاَ يخلو : إِمَّا أَنْ يكونَ حَيَواناً ، أَو غيرَ حَيَوانٍ ، فإِنْ

---

(١) قال الأزهري في « الزاهر » (ص/ ٣٦٤) : **اللُّقَطَة** : الذي يلقُطُ الشيءَ . **واللُّقْطَة** : ما يلتقطُ ، والالتقاط : وهو الشيء علىٰ غير طلب ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ يَلْتَقِطْهُ بَعْضُ ٱلسَّيَّارَةِ ﴾ [يوسف : ١٠] .
وفيها أربع لغات : لُقاطة ولُقْطة ولُقَطَة ولَقَط قالها ابن مالك ونظمها :
لُقَاطَةٌ ولُقْطَةٌ ولُقَطَهْ ولَقَطٌ لاقِطٌ قد لَقَطَهْ
وشرعاً : ما وجد من حق محترم غير محروز لا يعرف الواجد مستحقه .
والأصل فيها قبل الإجماع الآيات الآمرة بالبر والإحسان ، ومنها قوله تعالىٰ شأنه : ﴿ وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة : ١٩٥] ، والأخبار الواردة في ذٰلك ستأتي عند المصنف رحمه الله تعالىٰ .

(٢) قال أبو منصور الأزهري : لأن فُعَلَة في أكثر كلامهم : جاء فاعلاً ، وفُعْلَة : جاء مفعولاً ، غير أن كلام العرب جاء في اللُّقَطَة علىٰ غير قياس .

كانَ غيرَ حَيَوانٍ . . نظرتَ :

فإنْ كانتْ يسيرةً بحيثُ يُعلَمُ أَنْ صاحبَها لَو عَلِمَ أَنَّها ضاعتْ منهُ لَم يطلبْها ، كزبيبةٍ أَو تمرةٍ وما أَشبهَهما . . لَم يجبْ تعريفُها ، ولَه أَنْ ينتفعَ بها في الحالِ ؛ لمَا روىٰ أَنسٌ : أَنَّ النبيَّ ﷺ مرَّ بتمرةٍ مطروحةٍ في الطريقِ فقالَ : « لَوْلاَ أَنِّي أَخْشَىٰ أَنْ تَكُوْنَ مِنْ تَمْرِ ٱلصَّدَقَةِ . . لأَكَلْتُها »(١) .

وروىٰ جابرٌ قالَ : (رخَّصَ لنا رسولُ اللهِ ﷺ في العَصا والسَّوطِ والحَبْلِ وأَشباهِهِ يَلتقطُهُ الرجلُ ينتفعُ بهِ)(٢) .

ورويَ : (أَنَّ عمرَ بن الخطابِ رأَىٰ رجلاً يُعرِّفُ زبيبةً ، فقالَ : إِنَّ مِنَ الورعِ ما يَمقُتُهُ اللهُ)(٣) .

وإِنْ كانتِ اللُّقطَةُ كثيرةً بحيثُ يطلبُها مَنْ ضاعتْ منهُ ، كالذَّهبِ والفضَّةِ والثيابِ والجواهرِ وغيرِها ، فإِنْ وَجدَها في غيرِ الحرمِ . . جازَ ٱلتقاطُها للتملُّكِ ؛ لمَا روىٰ زيدُ بنُ خالدٍ الجهنيُّ ، قالَ : سُئِلَ النبيُّ ﷺ عَنِ اللُّقطَةِ فقالَ : « اِعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَشَأْنَكَ بِهَا » . ورويَ : « فَٱسْتَنْفِعْ بِهَا » .

وسُئِلَ عَنْ ضالَّةِ الغنمِ ، فقالَ : « خُذْهَا فإِنَّما هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيْكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » .

---

(١) أخرجه عن أنس البخاري (٢٤٣١) في اللقطة ، ومسلم (١٠٧١) ، وأبو داود (١٦٥٢) في الزكاة . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٥) : فيه دلالة علىٰ جواز التقاط المحقرات وتملكها من غير تعريف لأنه إنما علل بكونها من الصدقة .

(٢) أخرجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أبو داود (١٧١٧) ، والبيهقي من طريقين في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٩٥) في اللقطة . قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٥) : رواه أبو داود من حديث المغيرة بن زياد ، وهو مختلف في توثيقه . قال البيهقي : في رفع هٰذا الحديث شك ، وفي إسناده ضعف ، والله أعلم . لكن قال الشيخ عبد القادر محقق « جامع الأصول »(٨٣٧٦) : إسناده حسن .

(٣) لم أر الخبر ، لكن روىٰ عن طلحة بن مصرف عبد الرزاق في« المصنف »(١٨٦٤١) بلفظ : (أن عمر [مرّ] بتمرة في الطريق فأكلها) .

وروىٰ عن عبد الله بن مسلم أخي الزهري عبد الرزاق في « المصنف »(١٨٦٤٠) قال : رأيت ابن عمر وجد تمرة في السكة فأخذها ، فأكل نصفها ، ثم لقيه مسكين فأعطاه النصف الآخر .

وسُئِلَ عَنْ ضالَّةِ الإبلِ ، فغضبَ حتىٰ ٱحمرَّتْ وجنتاهُ أَو قالَ : ٱحمَرَّ وَجهُهُ ، فقالَ : « ما لَكَ ولَها ؟ معَها حذاؤُها وسقاؤُها ، تَرِدُ الماءَ ، وتأْكلُ الشجرَ ، دَعْها حتَّىٰ يجيءَ صاحبُها فيأخذَها »[١] .

وروىٰ أَبو ثعلبةَ الخشنيُّ ، قالَ : قلتُ يا رسولَ اللهِ : أَفتِني في اللُّقَطَةِ فقالَ : « مَا وَجَدْتَهُ فِيْ طَرِيْقٍ مِيْتَاء ، أَوْ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ . . فَعَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ وَجَدْتَ صَاحِبَهَا ، وَإِلاَّ . . فَهِيَ لَكَ . وَمَا وَجَدْتَهُ فِيْ طَرِيْقٍ غَيْرِ مِيْتَاءٍ ، أَوْ قَرْيَةٍ غَيْرِ عَامِرَةٍ . . فَفِيْهَا وَفِيْ ٱلرِّكَازِ ٱلْخُمُسُ »[٢] .

قالَ أَبو عبيدٍ [« في غريبِ الحديث » (٢/ ٢٠٤)] : و(المِيْتَاءُ) : الطريقُ العامرُ المسلوكُ ، ومنهُ قولُهُ ﷺ حينَ توفِّيَ ٱبنهُ إبراهيمُ عليهما السلام ، فبكىٰ عليهِ وقالَ :

---

(١) أخرجه عن زيد بن خالد الجهني مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٥٧) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٥٣) مختصراً ، والبخاري (٩١) في العلم و(٢٤٢٩) وثم أطراف أُخر ، ومسلم (١٧٢٢) ، وأبو داود (١٧٠٤) و(١٧٠٥) في اللقطة ، والترمذي (١٣٧٣) في الأحكام ، وابن ماجه (٢٥٠٤) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٦٦٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٨٥) في اللقطة . وعند مسلم : (ثم استنفق بها) .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وفي الباب عن أبي بن كعب ، وعبد الله بن عمرو ، والجارود بن المعلىٰ ، وعياض بن حمار ، وجرير بن عبد الله . وأطال المقال فانظره إن أردت المزيد .
قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٦) : فيستدل به علىٰ أنها تدخل في ملك الملتقط بمضي الحول بعد التعريف ؛ لأن الشارع حكم بأنها له بعد مضي الحول بعد التعريف ، وهو أحد الوجهين .

(٢) أخرجه عن ثعلبة الخشني النسائي في« الكبرىٰ » (٥٨٢٩) في اللقطة ، باب : ما وجد في قرية غير العامرة .
وأخرجه من طرق عن ابن عمر رضي الله عنها أبو داود (١٧١٠) وما بعدها ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٨٢٦) و(٥٨٢٧) و« الصغرىٰ » (٤٤٩٤) ، وابن الجارود في « المنقىٰ » (٦٧٠) ، وابن خزيمة في « صحيحه » (٢٣٢٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٨٧) في اللقطة ، باب : اللقطة يأكلها الغني والفقير . قال الشيخ عبد القادر في تعليقات « جامع الأصول » (٨٣٦٢) : وإسناده حسن .

« لَوْلاَ أَنَّهُ وَعْدٌ حَقٌّ ، وَقَوْلٌ صِدْقٌ ، وَطَرِيْقٌ مِيْتَاءٌ . لَحَزِنَّا عَلَيْكَ يَا إِبْرَاهِيْمُ أَشَدَّ مِنْ حُزْنِنَا »[1] .

قالَ : وبعضُهُم يقولُ : مأتِيٌّ ، يأْتي عليهِ الناسُ . وكلاهُما جائِزٌ .

ويجوزُ أَنْ يَلتقطَها للحفظِ علىٰ صاحِبها ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة : ٢] .

ولقولِهِ ﷺ : « وٱللهُ في عَوْنِ ٱلْعَبْدِ مَا دَامَ ٱلْعَبْدُ في عَوْنِ أَخِيْهِ »[2] .

وإِنْ وجدَها في الحَرَمِ . لَم يَجُزْ لَه ٱلتقاطُها للتملُّكِ . ومِنَ الناسِ مَنْ قالَ : يجوزُ لَه ٱلتقاطُها للتملُّكِ . وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا ، وحكاهُ ٱبنُ الصبَّاغِ عَن مالكٍ وأَبي حنيفةَ ؛ لما رويَ أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ في مَكَّةَ : « لاَ يُخْتَلَىٰ خَلاَهَا ، وَلاَ يُعْضَدُ شَجَرُهَا ، وَلاَ تَحِلُّ لُقْطَتُهَا إِلاَّ لِمُنْشِدٍ » .

و(المنشدُ) : المعرِّفُ ، يقالُ : أَنشدتُ الضالَّةَ إِنشاداً ، فأَنا منشِدٌ : إِذا عَرَّفْتَها . فأَمَّا الطالبُ لها : فيقالُ لَه : الناشِدُ .

يقالُ مِنَ الطلبِ : نشدتُ الضالَّةَ ، أَنشُدُها نِشداناً : إِذا طلبتُها ، فأَنا ناشِدٌ .

ومنهُ ما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سمعَ رجلاً ينشدُ ضالَّةً في المسجدِ فقالَ : « أَيُّهَا ٱلنَّاشِدُ غيرُك الواجدُ »[3] .

---

(١) كذا أورده أبو عبيد في « غريب الحديث » (٢/ ٢٠٤) في الجنائز ، وأخرجه بنحوه عن أسماء بنت يزيد ابن ماجه (١٥٨٩) في الجنائز وفيه : « تدمع العين ، ويحزن القلب ، ولا نقول ما يسخط الرب ، لولا أنه وعد صادق ، وموعود جامع ، وأن الآخر تابع للأول لوجدنا عليك يا إبراهيم أفضل مما وجدنا ، وإنا بك لمحزونون » .
قال البوصيري « الزوائد » : إسناده حسن ، وله شاهد عن أنس في الصحيحين وغيرهما .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة مسلم (٢٦٩٩) في الذكر والدعاء ، والترمذي (١٤٢٥) في الحدود بلفظ : « والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه » .

(٣) سلف ، وأخرجه عن أبي بكر بن محمد عبد الرزاق في « المصنف » (١٧٢٢) في المساجد .
وعن محمد بن المنكدر عبد الرزاق في « المصنف » (١٧٢٣) .

وإذا كانَ المنشدُ هو المعرِّفُ . . كانَ معناهُ أَنَّها لاَ تَحِلُّ إلاَّ للمعرِّفِ لها إذا لَم يجدْ صاحبَها .

والمذهبُ الأَوَّلُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا ﴾ [العنكبوت : ٦٧] وما وَصفَهُ اللهُ تعالىٰ بالأَمنِ لاَ يجوزُ أَنْ يضيعَ فيهِ مالُ الغيرِ .

وروِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ تَحِلُّ لُقَطَةُ ٱلحَاجِّ »[١] .

وعمومُ الخبرِ يقتضي : لاَ تحلُّ لقطةُ الحاجِّ بمَكَّةَ ، ولاَ بغيرِها ، **فأَجمعَ المسلمونَ** علىٰ أَنَّها تحلُّ بغيرِ مَكَّةَ[٢] ، وبقيَ الحرمُ علىٰ ظاهرِ الخبرِ[٣] .

وأَمَّا الخبرُ الأَوَّلُ : فأَرادَ بهِ أَنَّهُ لا يَحلُّ للمنشدِ منها إلاَّ إنشادُها ، فأَمَّا للانتفاعِ بها . . فلاَ تحلُّ لَه ، إذ لَو حلَّ لَه تملُّكُها لمَا كانَ لمكَّةَ مزيَّةٌ علىٰ غيرِها مِنَ البلادِ . والخبرُ وردَ في بيانِ فضيلةِ مكَّةَ علىٰ غيرِها .

وقيلَ : أَرادَ بقولِهِ : (إلاَّ لمنشِدٍ) أَي : لا تحلُّ إلاَّ لصاحبِها الذي يطلبُها ، وسمَّاهُ مُنشِداً . وهٰذا حسنٌ في الفقهِ ، ولٰكنْ لا يجوزُ في اللُّغةِ أَنْ يُسمَّىٰ الطالبُ مُنشِداً ، وإنَّما هوَ ناشدٌ .

ولأَنَّ مكَّةَ بلدٌ صغيرٌ ، وينتابُها النَّاسُ مِنَ الآفاقِ ، فإذا عرَّفنا اللُّقطةَ فيها . . ٱستشاعَ التعريفُ فيها ، فإنْ كانتْ لأَحدٍ مِنْ أَهلِها . . تعرَّفَها في الحالِ وأَخذَها .

وإنْ كانتْ لمَنْ ينتابُها مِنَ الناسِ مِنْ غيرِها وقدْ راحَ إلىٰ أَهلِهِ . . فلاَ يخلو أَنْ يخرجَ مِنْ بلدِهِ غيرُهُ ، مِنْ صديقٍ لَه أَو قريبٍ ، فيمكنُهُ أَنْ يتعرَّفَها لَه ، فكانَ الحظُّ في تركِها وحفظِها إلىٰ أَنْ يجيءَ صاحبُها ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّها تصلُ إليهِ وليسَ كذٰلكَ سائِرُ البلادِ ؛ لأَنَّ البلدَ قدْ يكونُ كبيراً لاَ يَستشيعُ التعريفُ فيهِ إنْ كانتْ لأَهلِها ، وربَّما كانت لغريبٍ

---

(١) أخرجه عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي مسلم (١٧٢٤) ، وأبو داود (١٧١٩) في اللقطة . وفيهما : (أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن لقطة الحاج) .

(٢) قال العثماني في « رحمة الأمة » (ص/ ٣٦٣) : وأجمعوا علىٰ جواز الالتقاط في الجملة .

(٣) قال النواوي في « منهاج الطالبين » كما في « مغني المحتاج » (٢/ ٤١٧) : لا تحل لقطة الحرم للتملك علىٰ الصحيح ، ويجب تعريفها قطعاً .

دخلَ ذٰلكَ البلدَ ، وربَّما لاَ يعودُ إليهِ ، فالظاهرُ أَنَّها لاَ تعودُ إِلىٰ مالكِها ، فلذٰلكَ جازَ تملُّكُها .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ الملتقِطَ يلزمُهُ المُقامُ لتعريفِها ، فإِنْ لَم يُمكنْهُ المُقامُ . . دفعَها إِلىٰ الحاكمِ ليعرِّفَها مِنْ سهمِ المصالحِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مصلحةٌ .

فرعٌ : [رؤية اللقطة في طريق مسلوك] :

وإِنْ وجدَ شيئاً مِنْ ضَربِ الجاهليةِ في طريقٍ مسلوكٍ ، أَو قريةٍ عامرةٍ . . فهوَ لُقطةٌ . وإِنْ وجدَهُ في مَواتٍ ، أَو في قريةٍ خَرِبةٍ كانتْ عامرةً للجاهليةِ . . فهو رِكازٌ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَا كَانَ مِنْهَا فِيْ طَرِيْقٍ مِيْتَاءٍ . . فَعَرِّفْهَا حَوْلاً كَامِلاً ، فإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَهِيَ لَكَ . وَمَا كَانَ مِنْهَا فِيْ خَرَابٍ . . فَفِيْهَا وَفِيْ ٱلرِّكَازِ ٱلْخُمُسُ » و(الرِّكازُ) : المالُ المدفونُ .

وهٰكذا : إذا ٱحتَمَلَتِ الأمرينِ ، بأَنْ تكونَ آنيةً ، أَو دَراهمَ لاَ نَقشَ عليها . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فهوَ ركازٌ أَيضاً .

فرعٌ : [اللقطة ذات الشأن] :

وإِنْ كانتِ اللُّقطةُ يسيرةً ، إِلاَّ أَنَّها ممَّا تتبعُها[1] النفسُ ، ويطلبُها صاحِبُها إذا عَلِمَ أَنَّها ضاعتْ منهُ . . فهل يجبُ تعريفُها سنةً أَو ثلاثةَ أَيَّامٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لاَ يجبُ تعريفُها سنةً ، بل يكفي ثلاثةَ أَيَّامٍ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يَشُقُّ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّه يجبُ تعريفُ الكثيرِ واليسيرِ سنةً ؛ لقولهِ ﷺ : « عَرِّفْهَا سَنَةً » ولَم يفرِّقْ .

إذا ثَبتَ هٰذا : وقُلنا : لاَ يجبُ تعريفُ اليسيرِ سنةً . . ففي قَدْرِهِ ثَلاثةُ أَوجُهٍ :

أَحدُها : أَنَّ الدينارَ فما دونَهُ . . يسيرٌ ، وما زادَ عليهِ كثيرٌ ؛ لِما رويَ : (أَنَّ علياً

---

(١) **تتبعها** : تتوق لها ، وتمشي في البحث عنها .

رضيَ اللهُ عنهُ وجدَ ديناراً ، فذَكرَهُ للنبيِّ ﷺ ، فأَمرَهُ بأَكلِهِ)[١] .

والثاني : أَنَّ اليسيرَ درهمٌ فما دونَهُ ، وما زادَ عليهِ كثيرٌ .

والثالثُ : أَنَّ ما دونَ ربُعِ دينارٍ يسيرٌ ، وربعُ دينارٍ فما زادَ عليهِ كثيرٌ ؛ لقولِ عائشةَ رضيَ اللهُ عنها : (ما كانتْ يدُ السارقِ تُقطعُ في عهد رسولِ اللهِ ﷺ في الشيءِ التَّافهِ)[٢] ومعلومٌ أَنَّها كانتْ تُقطعُ برُبُعِ دينارٍ[٣] .

---

(١) أخرج خبر الختن علي عن سهل بن سعد ـ بألفاظ متقاربة ـ أبو داود (١٧١٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٩٤) في اللقطة . وفي إسناده ضعف . وفيه : « كلوا باسم الله » و : « يا علي اذهب إلىٰ الجزار فقل له : إن رسول الله يقول لك : أرسل إلي بالدينار ودرهمُك عليَّ » .

وعن علي مختصراً أخرجه أبو داود (١٧١٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٩٤) في باب بيان مدة التعريف . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٨٧) : وإسناده حسن . وقال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٥) : وقد يستدل بهٰذا علىٰ أنه يكفي في تعريف القليل مضي زمان يغلب علىٰ الظن أن فاقده قد أعرض عنه غالباً حيث لم يذكر فيه الحول ، وهٰذا الذي صححه النواوي وغيره ، والله أعلم .

وعن أبي سعيد أخرجه أبو داود (١٧١٤) ، وعبد الرزاق من طريقين في « المصنف » (١٨٦٣٦) مطولاً و(١٨٦٣٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٩٤) ثم قال : والأحاديث التي وردت في اشتراط سنة في جواز الأكل أصحُّ وأكثر فهي أولىٰ ، ويحتمل أن يكون إنما أباح له إنفاقه قبل مضي سنة لوقوع الاضطرار إليه ، والقصة تدلُّ عليه ، ويحتمل أنه لا يشترط مضي سنة في قليل اللقطة ، والله أعلم . وفيه : « يا علي أدِّ الدينار » .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٩٥) : هٰذا إسناد لا تقوم بمثله حجة .

(٢) أخرجه عن عائشة الصديقة ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٤٦٦) في الحدود ، باب : من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم . وأخرجه عن عروة عبد الرزاق في « المصنف » (١٨٩٥٩) في كم تقطع يد السارق ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٤٦٦) في الحدود . وفيه : « وإن السارق لم يكن يقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه » . ورواه عن هشام بن عروة بأتم سياقٍ من طريقين البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٨/ ٢٥٦) .

(٣) لحديث أم المؤمنين عائشة رواه البخاري (٦٧٩٠) ، ومسلم (١٦٨٤) (٢) في الحدود بلفظ : « لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً » . وربع الدينار يعادل غراماً ذهبياً خالصاً .

مسألةٌ : [ٱستحباب اللقطة للأمين] :

وإذا وجدَ اللقطةَ وكانَ أميناً. . قالَ الشافعيُّ في « المختصرِ » [٣/ ١٢٥] : (لاَ أُحبُّ لأَحدٍ تَرْكَ لقطةٍ وَجدَها إِذا كانَ أَميناً عليها) .

وقالَ في موضعٍ آخرَ : (لاَ يحلُّ لَه تركُ اللُّقطةِ إِذا كانَ أَميناً عليها) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ : فمنهُم مَنْ قالَ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُستحبُّ لَه أَخذُها ، ولا يجبُ عليهِ ، لأَنَّ ذٰلكَ أَمانةٌ ، فلَم يجبْ عليهِ أَخذُها ، كقَبولِ الوديعةِ .

والثاني : يجبُ عليهِ أَخذُها ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة : ٢] . ولقولهِ تعالىٰ : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة : ٧١] وإِذا كانَ وليّاً عليهِ. . وجبَ عليهِ حفظُ مالِهِ .

ولقولهِ ﷺ : « حُرْمَةُ مَالِ ٱلْمُؤْمِنِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ »(١) . ولَو خافَ علىٰ دمهِ. . لَوجبَ عليهِ حفظُهُ ، فكذٰلكَ إِذا خافَ علىٰ مالِهِ .

وقالَ أَبو العبَّاسِ ، وأَبو إِسحاقَ وغيرُهما : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (يستحبُّ لَه أَخذُها ، ولا يجبُ عليهِ) أَرادَ بهِ : إِذا وَجدَها في بلدٍ ، أَو قريةٍ ، أَو مَحِلَّةٍ ، يعلَمُ أَمانةَ أَهلِها ؛ لأَنَّ تَرْكَ أَخذِها لاَ يكونُ تغريراً بها ؛ لأَنَّ غيرَهُ يقومُ مقامَهُ في حفظِها ، فجرىٰ مجرىٰ الصلاةِ علىٰ الجنازةِ ، ودَفْنِ الميتِ إِذا كانَ هناكَ مَنْ يقومُ بها غيرُهُ .

والموضعُ الذي قالَ : (يجبُ عليهِ أَخذُها) أَرادَ : إِذا وجدَها في بلدٍ ، أَو قريةٍ ، أَو مَحِلَّةٍ يعلَمُ أَنَّ أَهلَها غيرُ ثقاتٍ ، أَو وَجدَها في مسلكٍ يسلُكُهُ أَخلاطُ الناسِ ؛ لأَنَّ في تركِها تغريراً بها .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن ابن مسعود الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) .

فإِنْ تركَها الأَمينُ ولَم يأخُذْها فتلفَتْ . . لَم يجبْ عليهِ ضمانها ، سواءٌ قُلنا : يجبُ عليهِ أَخذُها ، أَو يستحبُّ لَه أَخذُها ؛ لأَنَّ الضمانَ إِنَّما يكونُ باليدِ أَوِ الإِتلافِ ، ولَم يُوجدْ منهُ أَحدُهما ، وإِنَّما يفيدُ الوجوبُ الإِثمَ لا غيرَ .

فأَمَّا إِذا كانَ الواجدُ لها غيرَ أَمينٍ : فلا يستحبُّ لَه أَخذُها ؛ لأَنَّ المقصودَ بأَخذِها حفظُها علىٰ صاحِبِها ، والتغريرُ يحصلُ بأَخذِهِ لها ، فإِذا تَركها . . فربَّما وَجدَها مَنْ يحفظُها علىٰ صاحِبِها .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فقدْ حُكيَ عَنْ مالكٍ وأَحمدَ : (أَنَّهما كَرِها الالتقاطَ للأَمينِ أَيضاً) .

ورويَ ذٰلك عَنِ ٱبنِ عبَّاسٍ وعطاءٍ وجابرِ بنِ زيدٍ ؛ لقولهِ ﷺ : « لاَ يُؤْوِي ٱلضَّالَّةَ إِلاَّ ضَالٌّ »[1] .

ودليلُنا : حديثُ زيدِ بنِ خالدٍ الجُهَنيِّ ، ولأَنَّهُ أَخْذُ أَمانةٍ فلَمْ تُكرَهْ ، كالوديعةِ . وأَمَّا الخبرُ : فمحمولٌ علىٰ كبارِ الحَيَوانِ إِذا وجدَهُ في البَرِّيَّةِ .

فرعٌ : [تضمن اللقطة بالحفظ مدة التعريف] :

إِذا أَخذَ لقطةً بنيَّةِ التعريفِ . . لَم يلزمْهُ ضمانُها بالأَخذِ ، ولٰكنْ يلزمُهُ حِفظُها مدَّةَ التعريفِ ، فإِنْ ردَّها إِلىٰ الموضعِ الذي وجدَها فيهِ . . لَم يَبرأْ بذٰلكَ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا وفاقٌ بيننا وبينَ أَبي حنيفةَ ، بخلافِ الوديعةِ ، فإِنَّهُ خالفَنا فيها .

---

(١) أخرجه عن جرير بن عبد الله رضي الله عنه أبو داود (١٧٢٠) ، وابن ماجه (٢٥٠٣) ، وابن الجوزي في « التحقيق » (١٦٣٦) في اللقطة . قال الشيخ عبد القادر في حواشي « جامع الأصول » (٨٣٦٩) : وهو حديث حسن . وفي الباب :
عن زيد بن خالد أخرجه مسلم (١٧٢٥) في اللقطة بلفظ : « من آوىٰ ضالة فهو ضال ما لم يعرفها » .
وعن عمر الفاروق موقوفاً مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٥٩) في الأقضية ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٨٦١٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٩١) في اللقطة ، وهو حديث صحيح ولفظه : (من أخذ ضالة فهو ضال) .

وحكىٰ ٱبنُ الصبَّاغِ : أنَّ أبا حنيفةَ قالَ في اللُّقَطَةِ أيضاً : (إنَّهُ يبرأُ بذٰلكَ) كما قالَ في الوديعةِ .

ودليلُنا : أنَّهُ لمَّا أخذَها . . فقدِ ٱلتزمَ حفظَها ، فإذا تركَها في الموضعِ الذي وجدَها فيهِ . . فقدْ ضيَّعَها ، فلزمَهُ ضمانُها ، كما لَو رماها إلىٰ موضعٍ آخرَ .

وإنْ أخذَ اللُّقَطَةُ مِنْ موضعِها بنيَّةِ تملُّكِها في الحالِ . . ضَمِنَها بالأخذِ ، ولا يبرأُ بالتعريفِ . وإنْ عرَّفَها بعدَ ذٰلكَ . . فهلْ يملِكُها ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٨] :

أحدُهما : لاَ يملِكُها ؛ لأنَّها دَخلتْ في ضمانِهِ ، فهو كما لو أخذها غصباً .

والثاني : يملكُها ، **وهوَ الأصحُّ** ؛ لظاهرِ الأخبارِ ، ولم يفرِّقْ ، ولأنَّ سببَ التملُّكِ هوَ التعريفُ ، وقدْ وُجدَ .

مسألةٌ : [وجد اللقطة رجلان] :

وإذا وَجدَ رجلانِ لقطةً ، فأخذاها معاً . . كانتْ بينَهما بعدَ التعريفِ ، كما إذا أثبتا صيداً ، وإنْ رأياها معاً فبادرَ أحدُهما وأخذَها . . كانتْ لمَنْ أخذَها ؛ لأنَّ ٱستحقاقَ اللُّقطَةِ بالأخذِ دونَ الرؤْيةِ ، كما قُلنا في الاصطيادِ .

فإنْ رآها أحدُهما ، فقالَ لصاحبِهِ : أعطِنيها ، فأخذَها الآخرُ ؛ فإنْ أخذَها لنفسِهِ . . كانَ أحقَّ بها ؛ لأنَّ ٱستحقاقَها بالأخذِ دونَ الرؤْيةِ ، وإنْ أخذَها لصاحبِهِ الذي أمرَهُ بأخذِها ، فهلْ تكونُ للآمرِ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في التوكيلِ في الاصطيادِ والاحتشاشِ .

وإنْ أخَذَ رجلٌ اللُّقَطَةَ فضاعتْ منهُ ، ووَجدَها آخرُ . . فإنَّ الثانيَ يعرِّفُها ، فإنْ جاءَ مالِكُها ، وأقامَ البيِّنةَ عليها . . وجبَ عليهِ ردُّها إليه ؛ لأنَّهُ هوَ المالكُ لها . وإنْ لَم يجدْ مالِكَها ولٰكنْ جاءَ الملتقطُ الأوَّلُ ، وأقامَ البيِّنةَ علىٰ ٱلتقاطِهِ لها . . وَجبَ علىٰ الثاني ردُّها إليهِ ؛ لأنَّ الأوَّلَ قدْ ثبتَ لَه عليها حقٌّ بالالتقاطِ ، فوجبَ ردُّها إليهِ كما لَو تحجَّرَ مَواتاً .

مسأَلةٌ : [ما تعرف به اللقطة] :

قالَ الشافعيُّ : (ويعرِّفُ عِفَاصَها ووِكاءَها وعددَها ووَزنَها وحِلْيتَها ويَكتبُها ويُشهدُ عليها) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إِذا وجدَ لقطةً . . فيحتاجُ أَنْ يعرِّفَ منْها أَشياءَ :

أَحدُها : (العِفَاصُ) : وهوَ الوِعاءُ الذي يكونُ فيهِ اللُّقطَةُ : كالكيسِ الذي يكونُ فيهِ الدنانيرُ أَو الدراهمُ ، واللفافةِ التي تكونُ فوقَ الثوبِ ، والصندوقِ الذي يكونُ فيهِ المتاعُ ، يقال : أَعفصتُ الإِناءَ : إِذا أَصلحتُ لَه العِفاصَ ، وعَفَصتَهُ : إِذا شَدَدْتَهُ عليهِ . وأَمَّا (الصمَّامُ) : فهوَ ما يُسَدُّ بهِ رأسُ المحبرةِ والقارورةِ .

والعِفاصُ والوعاءُ شيءٌ واحدٌ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ في حديث زيدِ بنِ خالدٍ : « ٱعْرِفْ عِفَاصَهَا » . وفي حديثِ أُبيِّ بنِ كعبٍ قالَ : « ٱعْرِفْ وِعَاءَهَا »[1] فدلَّ : أَنَّ المعنىٰ واحدٌ .

الثاني : أَنْ يعرِّفَ (وكاءَها) : وهو الخيطُ الذي يُشدُّ بهِ المالُ في الوعاءِ . ومنهُ قولُهُ عليهِ الصلاةُ والسَّلامُ : « ٱلعَيْنَانِ وِكَاءُ ٱلسَّهِ » .

الثالثُ : أَنْ يعرِّفَ (جِنْسَها) ، بأَنْ يعرِّفَ أَنَّها دنانيرُ أَو دراهمُ أَو ثيابٌ أَو طعامٌ .

الرابعُ : أَنْ يعرِّفَ (قَدْرَها) ، بأَنْ يُعرِّفَ عددَها إِنْ كانتْ معدودةً ، أَو وَزنها إِنْ كانتْ موزونةً ، وكَيْلَها إِنْ كانتْ مَكيلةً ، وذَرْعَها إِنْ كانتْ مَذْروعَةً .

الخامسُ : أَنْ يعرِّفَ (حِلْيتها) : وهوَ صِفتُها ، فإِنْ كانتْ مِنَ النقودِ . . عرَّفَ مِنْ أَيِّ السِّكَكِ هيَ . وإِنْ كانتْ ثياباً . . عرَّفَ أَنَّها قطنٌ أَو كتَّانٌ أَو حريرٌ ، وأَنَّها دقيقةٌ أَو غليظةٌ . وإِنْ كانتْ حَيَواناً . . عرَّفَ نوعَهُ وحِلْيتَه .

---

(١) أخرجه من طريق سويد بن غفلة عن أبيّ بن كعب البخاري (٢٤٢٦) ، ومسلم (١٧٢٣) ، وأبو داود (١٧٠١) وإلىٰ (١٧٠٣) في اللقطة ، والترمذي (١٣٧٤) في الأحكام ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٨٢١) و(٥٨٢٥) ، وابن ماجه (٢٥٠٦) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٦٦٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ »(٦/ ١٨٦) في اللقطة .

وإنَّما قُلنا ذٰلكَ ؛ لمَا روىٰ زيدُ ٱبنُ خالدٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سئِلَ عنِ اللُّقَطَةِ فقالَ : « ٱعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا » وفي حديثِ أُبيِّ بنِ كعبٍ « اِعْرِفْ عَدَدَهَا ، وَوِعَاءَهَا ، وَوِكَاءَهَا » فنصَّ علىٰ هٰذهِ الأشياءِ ، وقِسْنا غيرَها عليها ؛ لأَنَّها في معناها .

وٱختلفَ أَصحابُنا لأَيِّ معنىً أَمرَ بتعرُّفِ هٰذهِ الأَشياءِ ؟

فقالَ أَبو إِسحاقَ : يَحْتَمِلُ ثلاثةَ معانٍ :

أَحدُها : أَنَّ المقصودَ ما في الوعاءِ ، فنصَّ النبيُّ ﷺ علىٰ معرفةِ الوِعاءِ والوِكاءِ وحفظِهما ؛ لينبِّهَ علىٰ معرفةِ ما في الوعاءِ وحِفظِهِ .

والثاني : أَنَّ الوِعاءَ والوِكاءَ لاَ خطرَ لَه ، والعادةُ أَنَّ الإِنسانَ إِذا وجدَ شيئاً ربَّما يرمي بالوعاءِ والوِكاءِ ، فأَمرَ النبيُّ ﷺ بحفظِهما ؛ لئَلاَّ يُرمىٰ بهما .

والثالثُ : أَنَّ الملتقِطَ ربَّما خلطَ اللُّقطَةَ ورفعَها في جملةِ أَموالهِ ، فأَمرَ بمعرفةِ الوِعاءِ والوِكاءِ ؛ لكي تتميَّزَ عَنْ أَموالِهِ ولاَ تختلطَ بها .

ومِن أَصحابِنا مَنْ قالَ : إِنَّما أَمرَهُ بمعرفةِ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ صاحبَها ربَّما جاءَ ووصفَها بذٰلكَ ، فإِنْ غلبَ علىٰ ظنِّهِ صدقُهُ . . جازَ لَه الدفعُ إِليهِ بذٰلكَ .

ومِن أَصحابِنا مَنْ قالَ : إِنَّما أَمرَهُ بمعرفةِ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ إِذا عرَّفَ ذٰلكَ أَمكنَهُ الإِشهادُ عليها ، والتعريفُ لها لتكونَ معلومةً بِما ذكرناهُ .

قالَ الشافعيُّ : (ويكتبُها ويُشهدُ عليها) .

قالَ أَصحابُنا : يكتبُها ؛ لئَلاَّ ينسىٰ ما عرَّفه ، وذٰلكَ مستحبٌّ غيرُ واجبٍ .

وأَمَّا الإِشهادُ عليها : فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : يُستحبُّ ولاَ يجبُ ، فإِنْ تركَهُ . . لَم يجبْ عليهِ ضمانُها . وبهِ قالَ مالكٌ ؛ لحديثِ زيدِ بنِ خالدٍ ، فإِنَّ النبيَّ ﷺ لم يأْمرْهُ بالإِشهادِ عليها ، ولأَنَّهُ آخذٌ أَمانةً ، فلاَ يجبُ الإِشهادُ عليها ، كالوديعةِ .

والثاني : يجبُ الإِشهادُ عليها ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (إِنْ لَم يُشهِدْ عليها . . ضَمِنَها) ؛ لمَا روىٰ عياضُ بنُ حِمارٍ : أَنَّ

النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ وَجَدَ لُقطَةً . . فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ ـ أَوْ ذَوِي عَدْلٍ ـ وَلاَ يَكْتُمْ وَلاَ يُغَيِّبْ . فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا . . فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلاَّ . . فَهُوَ مَالُ ٱللهِ عَزَّ وَجَلَّ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »[1] ولأنَّهُ إذا لَم يُشهدْ عليها . . كانَ الظاهرُ أنَّهُ أخذَها لنفسهِ ، ولأنَّ القصدَ مِنْ أخذِ اللُّقطَةِ حفظُها علىٰ صاحبِها ، والحفظُ إنَّما يتمُّ بالإشهادِ ؛ لأنَّهُ ربَّما غابَ أو ماتَ . ويأخذُها ورثتُهُ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٦٢] : إذا قُلنا : يجبُ الإشهادُ . . فإنَّهُ يُشهدُ أنَّهُ وجدَ لقطةً ولاَ يُعلمُ الشهودَ بالعِفاصِ والوِكاءِ وغيرِ ذٰلكَ .

مسألةٌ : [نية حفظ اللقطة] :

إذا أخذَ اللُّقطَةُ بنيَّةِ أنْ يحفظَها علىٰ صاحبِها أبداً . . فهلْ يلزمُهُ تعريفُها ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ :

أحدُهما : لاَ يلزمُهُ ، **وهوَ المشهورُ** ؛ لأنَّ التعريفَ يرادُ للتملُّكِ وإباحةِ أكلِها ، ولاَ نيَّةَ له في ذٰلكَ .

والثاني : يلزمُهُ التعريفُ ؛ لقولِه ﷺ : « عَرِّفْهَا سَنَةً » ، ولأنَّ صاحبَها لاَ يَعلمُ بها إلاَّ بالتعريفِ . وإنْ أرادَ أنْ يتملَّكَها . . عرَّفَها .

والكلامُ في التعريفِ في سبعةِ مواضعَ : في وجوبهِ ، وقَدْرِ مدَّتِهِ ، ووقتِهِ ، وقَدْرِ التعريفِ ، ومكانهِ ، وكيفيَّتهِ ، ومَنْ يتولاَّهُ .

فأمَّا الوجوبُ : فالدليلُ عليهِ قولُهُ ﷺ : « ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً » . وهٰذا أمرٌ ، والأمرُ

---

(١) أخرجه ـ بألفاظ متقاربة ـ عن عياض بن حمار المجاشعي أبو داود (١٧٠٩) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٨٠٨) و(٥٨٠٩) ، وابن ماجه (٢٥٠٥) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٦٧١) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٨٩٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٨٧) في اللقطة بإسناد صحيح وله شاهد :
عن أبي هريرة رواه الحاكم في « المستدرك » (٢/ ٩٤) : قال رسول الله ﷺ : « تعرَّف ولا تغيب ولا يكتم ، فإن جاء صاحبها ، وإلا . . فهو مال الله يؤتيه من يشاء » وصححه ووافقه الذهبي .

يقتضي الوجوبَ ، ولأَنَّ سببَ التملُّكِ هوَ التعريفُ ، فمتىٰ أَرادَ التملُّكَ . . لزمَهُ الإِتيانُ بالسببِ .

وأَمَّا **قَدْرُ مدَّتِهِ** : فسَنةٌ ؛ للخبرِ ، ولأَنَّ مَنْ ضاعَ منهُ شيءٌ . . ربَّما لَم يتمكَّنْ مِنْ طلبهِ في الحال لشغلٍ ، أَو لأَنَّهُ لَم يَعلمْ إِلاَّ بعدَ زمنٍ ، أَو لبُعدهِ عَنِ الموضعِ الذي ضاعَ فيهِ ، فلَم يكنْ بدٌّ مِنْ مدَّةٍ ، فقُدِّرتْ بسنةٍ ؛ لأَنَّهُ يمرُّ فيها الفصولُ الأَربعةُ . ولأَنَّ الغالبَ ممَّنْ ضاعَ منهُ شيءٌ أَنَّهُ يتمكَّنُ مِنْ طلبهِ في سنةٍ ، فإِذا لَم يوجدْ لَه مالكٌ . . فالظاهرُ أَنَّهُ لاَ مالكَ لَه .

فإِنْ قيلَ : فقدْ رويَ عَنْ أُبيٍّ بنِ كعبٍ : أَنَّه قالَ : وَجدتُ صرَّةً فيها مئةُ دينارٍ فأَتيتُ بها النبيَّ ﷺ ، فقالَ : « عرِّفها حولاً » فعرَّفتُها ، ثمَّ أَتيتُ النبيَّ ﷺ ، فقالَ : « عرِّفها حولاً » ، ثمَّ أَتيتُه فقالَ : « عرِّفها حولاً » فأَمرَهُ بتعريفِها ثلاثةَ أَحوالٍ ؟

قُلنا : عَنْ ذٰلكَ[1] أَجوبةٌ :

أَحدُها : أَنَّ ٱبنَ المنذرِ قالَ : قدْ ثبتَ الإِجماعُ بخلافِ هٰذا الحديثِ ، فيُستدلُّ بالإِجماعِ علىٰ نَسخهِ .

وأَيضاً فإِنَّ لَه ثلاثَ تأويلاتٍ :

أَحدُها : أَنَّه عرَّفها حولاً ، وقصَّرَ في تعريفِها ، فأَمرَهُ أَنْ يُعيدَ التعريفَ فعرَّفها حولاً آخرَ وقصَّرَ في التعريفِ ، فأَمرَهُ أَنْ يأتيَ بالتعريفِ الكاملِ حولاً .

والتأويلُ الثاني : أَنَّه ذَكرَ ذٰلكَ لفظاً ، فقالَ : « عرِّفها حولاً » ، « عرِّفها حولاً » ، « عرِّفها حولاً » . لاَ أَنَّه كرَّرَ الأَحوالَ .

والثالثُ : أَنَّه أَمرَهُ بتعريفِها حولاً ، فأَتاهُ في بعضِ الحولِ ، فقالَ : « عرِّفها حولاً » أَيْ : تمِّمِ الحولَ ، ثمَّ أَتاهُ قبلَ إِتمامه أيضاً ، فقالَ : « عرِّفها حولاً » أي : تمِّمِ الحولَ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فٱبتداءُ السَّنةِ مِنْ حينِ التعريفِ لا مِن حينِ الالتقاطِ . فإِنْ عرَّفها سنةً متواليةً . . فلا كلامَ ، وإِنْ عرَّفَها شهراً ، ثمَّ قطعَ التعريفَ مدَّةً ، ثمَّ عرَّفَها ، ثمَّ قطعَ

---

(١) في (م) : (هٰذا) .

التعريفَ ، ثمَّ عرَّفَها إِلىٰ أَنِ ٱستوفىٰ مدَّةَ التعريفِ متفرِّقةً ، ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجزئُهُ ؛ لأَنَّه يقعُ عليها ٱسمُ سنةِ التعريفِ ، فهوَ كما لَو نذرَ صومَ سنةٍ وصامَها سنةً متفرِّقةً . . أَجزأَهُ .

والثاني : لا تُجزئُهُ حتَّىٰ يأْتيَ بها متواليةً ؛ لقولهِ ﷺ : « عَرِّفْهَا حَوْلاً » وظاهرهُ التوالي ، ولأَنَّ المقصودَ بالتعريفِ وصولُ الخبرِ إِلىٰ المالكِ ، وذٰلكَ لاَ يَحصلُ إِلاَّ بالتوالي ، كما لَو حلفَ أَنْ لا يكلِّمَ زيداً سنةً .

وأَمَّا **وقتُ التعريفِ** : فهوَ بالنهارِ دونَ اللَّيلِ ، ودونَ أَوقاتِ الخلوةِ ؛ لأَنَّ العادةَ جرتْ بتعريفِ اللُّقطةِ وطلبِها بالنهارِ دونَ اللَّيلِ ، ويستحبُّ أَنْ يُكثرَ منهُ في أَدبارِ الصلواتِ ؛ لأَنَّ الناسَ يجتمعونَ لَها ، فيتَّصلُ الخبرُ بمالكِها .

وأَمَّا **قَدْرُ التعريفِ** : فليسَ عليهِ أَنْ يعرِّفَ مِنْ أَوَّلِ النهارِ إِلىٰ آخرهِ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ مشقَّةً عليهِ ، وينقطعُ عن دِينهِ ودُنياهُ .

قالَ الصيمريُّ : بل يعرِّفُها في اليومِ مرَّةً أَو مَرَّتينِ ؛ لأَنَّ المقصودَ يحصلُ بذٰلكَ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فنقلَ المزنيُّ : (ويكونُ أَكثرُ تعريفها[1] في الجمعةِ التي أَصابَها فيها) .

وقالَ في موضعٍ آخرَ : (يكونُ أَكثرُ تَعريفهِ في البُقعةِ التي أَصابَها فيها) .

ونقلَ الربيعُ : (ويكونُ أَكثرُ تعريفهِ في الجماعاتِ التي أَصابَها فيها) .

فقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٨] : إِذا وَجَدَها في الجامعِ . . عرَّفَها كلَّ جُمعةٍ ؛ لأَنَّ الغالبَ أَنَّ مالكَها يعودُ كلَّ جُمعةٍ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والبغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : الصحيحُ ما نقلَهُ الربيعُ مِنْ هٰذا ، حيثُ قالَ : (في الجماعاتِ) وهوَ موافقٌ لقولهِ : (في البقعةِ التي أَصابها فيها) وأَنَّه يعرِّفُها في الجماعاتِ والبقعةِ التي وَجَدَها فيها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَبلغُ في تعريفِها .

وأَمَّا روايةُ المُزنيِّ في الجمعةِ التي أَصابَها فيها : فإِنَّه يقتضي أَنَّه يكثرُ تعريفَها في

---

(١) في (نسخة) : (تعريفاً) .

الأُسبوعِ الذي وَجَدها فيهِ . فإذا لَم يجدْ صاحبَها . . قلَّ تعريفُهُ . وليسَ بشيءٍ .

وأَمَّا **مكانُ التعريفِ** : فإِنَّه يعرِّفُها علىٰ أَبوابِ الجوامعِ ، وأَبوابِ مساجدِ الجماعاتِ ، وفي الأَسواقِ ، وإِذا اجتمعَ الناسُ في المجالسِ في المحالِّ ؛ لأَنَّ القصدَ بالتعريفِ إِعلامُ صاحبِها بها ، والتعريفُ في هٰذهِ المواضعِ أَبلغُ . ولا يعرِّفُها داخلَ المسجدِ ؛ لما رويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سمعَ رجلاً ينشدُ ضالَّةً في المسجدِ ، فقالَ ﷺ : « أَيّها النَّاشِدُ غيرُك الواجدُ ، إِنَّما بُنِيَ المَسجِدُ لِذِكرِ ٱللهِ وَٱلصَّلاَةِ » .

وروىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلاً يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي ٱلمَسْجِدِ . . فَلْيَقُلْ : لاَ رَدَّهَا ٱللهُ عَلَيْكَ »[1] . [و] « إِنَّمَا بُنِيَتِ ٱلمَسَاجِدُ لِلصَّلاَةِ »[2] .

وروىٰ عَمرو بنُ شعيبٍ ، عَنْ أَبيهِ ، عَنْ جدِّه : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنْ البيعِ والشراءِ ، وإِنشادِ الضَّوالِّ في المساجدِ)[3] .

قالَ الصيمريُّ : وقدْ كرهَ قومٌ إِنشادَ الشعرِ في المساجدِ ، وليسَ ذٰلكَ **عندنا** بمكروهٍ .

وقدْ كانَ حسانُ بنُ ثابتٍ يُنشدُ رسولَ اللهِ ﷺ الشعرَ في المسجدِ[4] ، وقدْ أَنشدهُ

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة مسلم (٥٦٨) في المساجد ، وأبو داود (٤٧٣) في الصلاة ، وابن ماجه (٧٦٧) في المساجد . وزاد فيه مسلم : « فإن المساجد لم تبن لهٰذا » .

(٢) أخرجه عن بريدة مسلم (٥٦٩) في المساجد ولفظه : « إنما بنيت المساجد لما بنيت له » .

(٣) أخرجه عن ابن عمرو بألفاظ متقاربة أبو داود (١٠٧٩) ، والترمذي (٣٢٢) مختصراً في الصلاة ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٧١٤) و(٧١٥) ، وابن ماجه (٧٦٦) ، وابن خزيمة في « صحيحه » (١٣٠٤) و(١٣١٨) في المساجد وإسناده حسن .

(٤) أخرجه عن أبي هريرة ـ بسؤال حسان بن ثابت ـ البخاري (٤٥٣) في الصلاة ، باب : الشعر في المسجد ، و(٣٢١٢) في بدء الخلق في فضائل الصحابة وفيه : « أجب عني ، اللهم أيده بروح القدس » . وفي الباب :

عن البراء عند البخاري (٣٢١٣) في بدء الخلق ، قال النبي لحسان : « أهجهم ـ أو هاجهم ـ وجبريل معك » . ولفظ أبي هريرة : « يا حسان أجب عن رسول الله ﷺ اللهم أيده بروح القدس » ، قال : نعم . قال في « الفتح » (١/ ٦٥٣) : وفي الترمذي من طريق أبي الزناد ، عن عروة ، عن عائشة قالت : (كان رسول الله ﷺ ينصب لحسان منبراً في المسجد فيقوم عليه يهجو الكفار) وذكر المزي في « الأطراف » أن البخاري أخرجه تعليقاً نحوه ، وأتم منه ، لـٰكنّي لم أره فيه . وجاء في حديث عمرو بن=

كعبُ بنُ زهيرٍ قصيدتينِ في المسجدِ[1] . ولكنْ لاَ يُكثرُ منهُ في المسجدِ .

وأَمَّا **كيفيَّةُ التعريفِ** : فهوَ أَنْ يقولَ : وجدتُ شيئاً أَو لُقطةً ، أَو يقولَ : مَنْ ضاعَ لَه شيءٌ ، أَو مَنْ ضاعَ لَه ذهبٌ أَو دراهمُ ، ولاَ يزيدُ عليهِ . فإِنْ ذكرَ النوعَ والقَدْرَ والعِفاصَ والوِكاءَ ، فهلْ يكونُ ضامناً بذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحَدُهُما : لاَ يصيرُ ضامناً بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لاَ يجبُ عليهِ الدفعُ بمجرَّدِ الصفةِ .

والثاني : يكونُ ضامناً ؛ لأَنَّهُ ربَّما حفظَ ذٰلكَ رجلٌ وحاكَمَهُ إِلىٰ حنبليٍّ يوجبُ الدفعَ بالصفةِ .

وأَمَّا **مَنْ يتولَّىٰ التعريفَ** : فإِنَّ الواجدَ يتولَّىٰ التعريفَ بنفسهِ ، وإِنْ تطوَّعَ رجلٌ بتعريفِها . جازَ . وإِنْ لَم يجدْ مَنْ يتطوَّعُ عنهُ بالتعريفِ . فعليهِ أَنْ يستأجِرَ مِنْ مالِهِ مَنْ يعرِّفُها ؛ لأَنَّ هٰذا سببٌ للتملُّكِ ، والتملُّكُ لَه ، فكانتِ الأُجرةُ عليهِ .

= شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عند أبي خزيمة وصححه ، والترمذي (٣٢٢) وحسنه : (أنه نهىٰ عن تناشد الأشعار في المسجد) وإسناده صحيح إلىٰ عمرو بن شعيب فمن يصحح نسخته يصححه اهـ «فتح» . وفي المعنىٰ عدة أحاديث لكن في أسانيدها مقال ، فالجمع بينها :

١ـ أن يحمل علىٰ تناشد أشعار الجاهلية والمبطلين .

٢ـ إذا كان التناشد بالمسجد يشغل المصلين . أما المأذون فيه فما سلم من ذٰلك .

(١) أخرج الخبر الحافظ ابن حجر في « الإصابة » ت : (٧٤١١) بسند ابن أبي عاصم النبيل في « الآحاد والمثاني » فقال: أسلم كعب وقدم حتىٰ أناخ بباب المسجد قال : فعرفت رسول الله ﷺ بالصفة فتخطيت حتىٰ جلست إليه فأسلمت ، ثم قلت : الأمان يا رسول الله أنا كعب بن زهير قال : أنت الذي تقول ، والتفت إلىٰ أبي بكر فقال : كيف قال : فذكر الأبيات الثلاثة فلما قال : فأنهلك المأمور . قلت يا رسول الله : ما هكذا قلتُ ، وإنما قلت :

سقاك بها ٱلمأمون كأساً رويةً ... وأنهلك المأمون منها وعلَّكا

فقال رسول الله : مأمون والله ، ثم أنشده القصيدة كلها حتىٰ أتىٰ علىٰ آخرها وهي هٰذه القصيدة مطلعها :

بانت سعاد فقلبي ٱليوم متبول ... متيم إثرها لم يفد مكبول

إن ٱلرسول لنور يستضاء به ... مهند من سيوف ٱلله مسلول

قال ابن كثير في « السيرة النبوية » (٣/ ٧٠٥) : قال ابن هشام : هكذا أورد محمد بن إسحاق هٰذه القصيدة ولم يذكر لها إسناداً ، وقال الحافظ في « الإصابة » وساق القصيدة : ووقعت لنا بعلو في « جزء » إبراهيم بن ديزيل الكبير .

وإنْ دفعَها الملتقطُ إلىٰ القاضي ليعرِّفَها القاضي عنهُ ، أو دفعَها إلىٰ أمينٍ بأمرِ القاضي . . جازَ . وإنْ دفعَها إلىٰ أَمينٍ ليعرِّفَها عنهُ بغيرِ أَمرِالقاضي . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٩] :

أحدُهما : ليسَ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّها أَمانةٌ في يدهِ . . فلَمْ يكنْ لَه إخراجُها مِنْ يدهِ بغيرِ إذنِ المالكِ والقاضي مِنْ غيرِ ضرورةٍ ، كالوديعةِ .

والثاني : لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ صاحبَ الشرعِ قدْ جعلَهُ وليّاً علىٰ هٰذهِ اللُّقطةِ ، فصارَ كتصرُّفِ الأَبِ في مالِ الابنِ .

مسأَلةٌ : [تملك اللقطة بعد سنة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (فإنْ جاءَ صاحبُها ، وإلاَّ . . فهيَ لَه بعدَ سَنةٍ) .

وقالَ في موضعٍ آخرَ : (فإذا عرَّفها سَنةً ، فإنْ شاءَ ملَكَها علىٰ أَنْ يَغرَمَها لصاحِبها إذا جاءَ ، وإنْ شاءَ حفظَها عليهِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إذا وجدَ اللُّقطةَ وعرَّفها سَنةً . . فهلْ تدخلُ في مِلكهِ مِنْ غيرِ أَنْ يختارَ تملُّكَها ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : تدخلُ في مِلكهِ بمضيِّ سَنةِ التعريفِ وإنْ لَم يخترْ تملُّكَها ، وٱحتجَّ **بظاهرِ كلام الشافعيِّ** : (وإلاَّ فهيَ لَه بعدَ سنةٍ) ، وبما رويَ في حديثِ أَبي ثعلبةَ الخشنيِّ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَا وَجَدْتَهُ فِيْ طَرِيْقٍ مِيْتَاءٍ أَوْ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ . . فَعَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَهِيَ لَكَ » ، ولأَنَّ سببَ التملُّكِ هوَ التعريف فإذا وُجدَ السببُ . . حصلَ الملكُ ، كالاصطيادِ ، والاحتشاشِ ، وإحياءِ المواتِ .

وقالَ أَكثر أَصحابِنا : لا يملِكُها بمضيِّ السنةِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قالَ : (فإذا عرَّفها سنةً : فإنْ شاءَ ملكَها) ، ولقولهِ ﷺ في حديثِ زَيدِ بنِ خالدٍ الجهنيِّ : « ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَشَأْنَكَ بِهَا » فأَغراهُ بتملُّكِها بعدَ التعريفِ ، فدَلَّ علىٰ أَنَّهُ لَم يملِكْها بمضيِّ مدَّةِ التعريفِ ، ولأَنَّهُ تملُّكٌ بِعوضٍ ، فٱفتقرَ إلىٰ ٱختيارِ التملُّكِ ـ كالبيعِ ـ وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الصيدِ والاحتشاشِ . **فإذا قُلنا بهٰذا** :

فبماذا يحصلُ لَه المِلكُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ[١] ، حكاها الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُها : أَنَّهُ لاَ يملكُها إِلاَّ بثلاثةِ أَشياءَ : وهوَ أَنْ ينويَ بقلبهِ تملُّكَها ، ويتلفَّظُ بذٰلكَ ـ وهوَ أَنْ يقولَ : تملَّكتُها ـ ويتصرَّفَ فيها ، كما قُلنا في المستقرِضِ في أَحدِ الوجهينِ : أَنَّهُ لاَ يملكُ ما ٱستَقرَضَ إِلاَّ بالعقدِ والتلفُّظِ والقبضِ والتصرُّفِ .

والقولُ الثاني : أَنَّ الملتقطَ يملكُ اللُّقطةَ بالنيَّةِ والقولِ ، وإِنْ لَم يتصرَّفْ فيها ، كما قُلنا في المستقرضِ في الوجهِ الثاني : أَنَّهُ يملكُ بالعقدِ والقبضِ وإِنْ لَم يتصرَّفْ .

و[القولُ] الثالثُ : أَنَّ الملتقطَ يملِكُ اللُّقطةَ بمجرَّدِ نيَّةِ التملُّكِ ، وإِنْ لَم يتلفَّظْ بها ، ولَم يتصرَّفْ ؛ لأَنَّ القولَ إِنَّما يُفتقرُ إِليهِ إِذا كانَ هناكَ موجبٌ ، فيُقبلُ منهُ . ولا يُوقَفُ المِلكُ علىٰ التصرُّفِ ؛ لأَنَّهُ لَو لَم يَملكْ قبلَ التصرُّفِ . . لما صحَّ تصرُّفهُ .

وحكىٰ ٱبنُ الصبَّاغِ وجهاً رابعاً ـ وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ـ : أَنَّهُ يملكُ اللُّقطةَ بمجرَّدِ القولِ وهوَ : أَنْ يختارَ تملُّكَها بالقولِ وإِنْ لَم ينوِ بقلبهِ ولَم يتصرَّفْ ؛ لأَنَّ الملكَ في الأَموالِ يحصلُ بالاختيارِ بالقولِ مِنْ غيرِ نِيَّةٍ ولا تصرُّفٍ ، كما قُلنا في الشُّفعةِ والغنيمةِ ، فحصلَ فيها خمسةُ[٢] أَوجُهٍ .

فرعٌ : [للفقير والغني تملكها بعد الحول] :

وإِذا عرَّفَ الملتقطُ اللُّقطةَ لسنةٍ . . فقدْ ذَكرنا أَنَّ لَه أَنْ يَحفظَها علىٰ صاحِبها ، ولَه أَنْ يختارَ تملُّكَها سواءٌ كانَ الواجدُ غنياً أَو فقيراً ، وسواءٌ كانَ مِنْ آلِ النبيِّ ﷺ ، أَو مِنْ غيرِهم .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا وَجدَها الفقيرُ وعرَّفها حولاً . . فهوَ بالخيارِ : بينَ أَنْ يحفظَها علىٰ صاحبِها ، وبينَ أَنْ يتملَّكَها ، وبينَ أَنْ يتصدَّقَ بها عَن صاحِبها . ويكونُ ذٰلكَ موقوفاً علىٰ إِجازةِ صاحِبها ، فإِنْ رضيَ بهِ . . وقعتِ الصدقةُ عنهُ ، وإِنْ ردَّهُ . . كانتِ الصدقةُ عَنِ الواجدِ ، ووَجبَ عليهِ ضمانُها . وإِنْ وَجدَهاالغنيُّ فعرَّفها حولاً . . كانَ

---

(١) في (م) : (أوجه) .
(٢) لعلها أربعة .

بالخيارِ : بينَ أَنْ يحفظَها علىٰ صاحِبها ، وبينَ أَنْ يتصدَّقَ بها عَنْ صاحِبها . فإِنْ أَجازَها صاحبُها . . وَقعتْ عنهُ ، وإِنْ ردَّها . . وَقعتْ عَنِ الواجدِ ، وكانَ عليهِ ضمانُها ، ولا يجوزُ للغنيِّ تملُّكُها) .

وحكىٰ أَصحابُنا عنْ أَبي حنيفةَ : (إِذا كانَ الواجدُ مِنْ آلِ النبيِّ ﷺ . . فليسَ لَه أَنْ يتملَّكَ اللُّقطةَ وإِنْ كانَ فقيراً) .

وقالَ مالكٌ : (إِنْ كانَ الواجدُ فقيراً . . فلَهُ أَنْ يتملَّكَ اللُّقطةَ بعدَ التعريفِ ، وإِنْ كانَ غنيّاً . . فليسَ لَه أَنْ يتملَّكَها بعدَ التعريفِ ، بلْ يحفظُها علىٰ صاحِبها) .

دليلُنا : ما رويَ في حديثِ زيدِ بنِ خالدٍ الجُهنيِّ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ اللُّقطةِ فقالَ : « عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَشَأْنَكَ بِهَا » . أَي : اِفعلْ بها ما تشاءُ . ورويَ : « وَإِلاَّ . . فَٱسْتَنْفِعْ بِهَا » ولَم يفرِّقْ بينَ الغنيِّ والفقيرِ .

وروىٰ أُبيُّ بنُ كعبٍ قالَ : وجدتُ صرَّةً فيها مئةُ دينارٍ ، فأَتيتُ النبيَّ ﷺ ، فقالَ : « عَرِّفْهَا حَوْلاً » ثُمَّ أَتَيْتُهُ ، فقالَ : « عَرِّفْهَا حَوْلاً » ـ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلاثَاً ـ إِلىٰ أَنْ قالَ : « اِعرفْ عددَها ووِعاءَها ووِكاءَها ، فإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَٱسْتَمْتِعْ بِهَا » .

قالَ الشافعيُّ : (وأُبيُّ بنُ كعبٍ مِنْ أَيسرِ أَهلِ المدينةِ أَو كأَيسرِهم) .

ولأَنَّ مَنْ صحَّ أَنْ يملِكَ بالقرضِ . . صحَّ أَنْ يملِكَ اللُّقطةَ ، كالفقيرِ ، وعكسُهُ العبدُ .

مسأَلةٌ : [اللقطة أَمانة كالوديعة] :

وإِذا ٱلتقطَ الرجلُ لُقطةً بنيَّةِ التملُّكِ بعدَ التعريفِ ، أَو بنيَّةِ الحفظِ علىٰ صاحِبها . . فإِنَّ اللُّقطةَ أَمانةٌ في يدهِ مدَّةَ التعريفِ ؛ لأَنَّ الحظَّ في التعريفِ لصاحِبها ، فهيَ كالوديعةِ . فإِنْ تلِفَتْ في يدهِ ، أَونَقَصتْ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . فلاَ ضمانَ عليهِ ، كما قُلنا في الوديعةِ . فإِنْ جاءَ صاحبُها قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ التعريفِ . . أَخذَها وزيادتَها المتَّصلةَ بِها والمنفصلةَ عنها ؛ لأَنَّها باقيةٌ علىٰ ملكِهِ .

وإِنْ نوىٰ الملتقطُ تملُّكَها قبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ التعريفِ . . لَم يملِكْها بذٰلكَ ؛ لأَنَّ

النبيَّ ﷺ أَباحَ لَه تملُّكَها بتعريفِها سَنةً ، فلاَ يملِكُها قبلَ ذٰلكَ ، وهلْ يضمنُها بهٰذهِ النيَّةِ ؟ ينظرُ فيهِ :

فإنْ نقَلَها بعدَ هٰذهِ النيَّةِ مِنْ موضعٍ إِلىٰ موضعٍ . . ضَمِنَها ، ولَم يزُلْ عنهُ الضمانُ بتركِ نيَّةِ الخيانةِ ، ولاَ يملكُها بعدَ السنَةِ بالتعريفِ ؛ لأَنَّهُ قدْ صارَ غاصباً .

وإِنْ لَم ينقُلْها بعدَ هٰذهِ النيَّةِ . . ففيهِ وجهانِ حكاهُما الطبريُّ :

أَحدُهما : يصيرُ ضامِناً لَها ؛ لأَنَّهُ صارَ ممسكاً لها علىٰ نفسهِ .

فعلىٰ هٰذا : لاَ يملكُها بالتعريفِ ، ولاَ يزولُ عنهُ الضمانُ بنيَّةِ تركِ الخيانةِ ، وإِنَّما يَبرأُ بالتسليمِ إِلىٰ مالِكها .

والثاني : لاَ يصيرُ ضامناً لها ، ولَم يذكرِ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٩] غيرَهُ ؛ لأَنَّهُ لَم يوجدْ منهُ إِلاَّ مجردُ النيَّةِ ، وذٰلكَ لا يوجبُ الضمانَ . فإِنْ تركَ هٰذهِ النيَّةَ وعرَّفَها . . تملَّكَها بعدَ ٱستيفاءِ التعريفِ .

فرعٌ : [ثبوت بدل اللقطة بعد تملكها] :

وإِذا أَخذَ(١) اللُّقطةَ فعرَّفَها حولاً ، فإِنْ قُلنا : لاَ يملِكُها إِلاَّ بٱختيارِ التملُّكِ . . فهيَ أَمانةٌ في يدهِ ، كما كانتْ قبلَ ٱنقضاءِ مدَّة التعريفِ .

وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ يملِكُها بمضيِّ مدَّةِ التعريفِ ، أَو قُلنا : لا يملِكُها إِلاَّ بٱختيارِ تملُّكِها ، فٱختارَ تملُّكَها . . ملَكَها ببدَلِها في ذمَّتهِ . فإِنْ كانَ لها مِثلٌ . . ثبتَ مثلُها في ذمَّتهِ ، وإِنْ لَم يكنْ لها مِثلٌ . . ثبتتْ قيمتُها في ذمَّتهِ .

وحكيَ عَنْ أَبي إِسحاقَ المروزيِّ أَنَّهُ قالَ : إِذا تملَّكَ اللُّقطةَ بعدَ الحولِ . . لاَ يثبتُ بدلُها في ذمَّتهِ ، وإِنَّما يضمنُها إِذا جاءَ صاحبُها وطالَبَ بها .

وقالَ داودُ : (يملِكُها ، ولاَ يثبتُ بدلُها في ذمَّتهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ

---

(١) في (م) : (وجد) .

صَاحِبُهَا ، وَإِلاَّ . . فَشَأْنَكَ بِهَا » ، ولقولهِ ﷺ في روايةِ عياضِ بنِ حِمَارٍ : « فإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وإِلاَّ . . فَهِيَ مَالُ ٱللهِ ، يُؤْتِيْهِ مَنْ يَشَاءُ » ولَم يذكرْ وُجوبَ البدلِ عليهِ) .

وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لمَا روىٰ الشافعيُّ : (أَنَّ علياً كرَّمَ اللهُ وَجههُ وَجَدَ ديناراً ، فذكرَهُ للنبيِّ ﷺ ، فأَمرَهُ أَنْ يعرِّفَهُ ، فعرَّفَهُ ، فلَمْ يعترفْ ، فأَمرَهُ بأَكلِهِ ، فلمَّا جاءَ صاحبُهُ . . أَمرَهُ أَنْ يَغرمَهُ)[1] . وفي روايةِ غيرِ الشافعيِّ : أَنَّ علياً كرَّمَ اللهُ وَجههُ دخلَ علىٰ فاطمةَ ، فرأَىٰ الحسنَ والحسينَ عليهما السلامُ يبكيانِ ، فقالَ : ما يُبكيهما ؟ قالتْ : أَصابَهُما الجوعُ ، فخرجَ عليٌّ رضيَ اللهُ عنهُ ، فوجدَ ديناراً بالسوق ، فحملَهُ إِليها ، فقالتْ : اِحملْهُ إِلىٰ الدقَّاقِ ، فٱشترِ بهِ دقيقاً ، فحملَهُ إِليهِ ، فقالَ : أَنتَ خَتَنُ هٰذا الرجلِ الذي يزعمُ أَنَّهُ نبيٌّ ؟ ـ وكانَ الدقَّاقُ يهودياً ـ فقالَ عليٌّ : نَعمْ ، فقالَ : خُذِ الدينارَ والدقيقَ ، فأَخذَهُ ، فأَتىٰ بهِ فاطمةَ ، فقالتِ : احملْهُ إِلىٰ فلانٍ الجزّارِ وخُذْ عليهِ لحماً بدرهمٍ ، فمَرَّ عليهِ ، وأَخذَ اللَّحمَ وحملَهُ إِليها ، فعجَنتْ وخَبزَتْ ، وأَرسلتْ إِلىٰ النبيِّ ﷺ ، فلمَّا أَتاها ، ذَكرتْ لَه الأَمرَ ، وقالتْ لَه : إِنْ كانَ حلالاً أَكلتَ وأَكلنا ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « بِٱسْمِ ٱللهِ » فبَيْنَا هوَ في ذٰلكَ إِذ سمعَ رجلاً ينشدُ اللهَ والمسلمينَ . . فٱستدعاهُ وسأَلَهُ ، فقالَ : ضاعَ منِّي دينارٌ ، فقالَ لعليٍّ : « مُرَّ عَلىٰ ٱلجَزَّارِ وَٱسْتَرْجِعْ مِنْهُ ٱلدِّيْنَارَ وَقُلْ : عَليَّ ٱلدِّرْهَمُ ، وَرُدَّهُ إِلَيْهِ » .

ولأَنَّهُ مالُ مَنْ لَه حرمةٌ ، فوجبَ أَنْ لاَ يملِكَهُ بغيرِ عِوضٍ بغيرِ ٱختيارِ صاحبهِ ، كالمضطرِّ إِلىٰ الطعامِ .

فإِنْ جاءَ صاحبُها والعينُ باقيةٌ في مِلكِ الملتقِطِ . . أَخذَها ؛ لقولهِ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » .

وإِنْ وَجدَها زائدةً . . نظرتَ : فإِنْ كانتْ زيادةً متَّصلةً ، كالسِّمنِ والكِبَرِ . . أَخذَها معَ

---

(١) ذكره عن عليٍّ المرتضىٰ الشافعي في « الأم » (٣/٢٨٩) ، وفي « مختصر المزني » (٣/١٢٥) ، وفي النسخ : (فأمره أن يعرفه معرفه فلم يعترف) .

زيادتِها ؛ لأَنَّهُ يتبعُها . وإِنْ كانتْ زيادةً منفصلةً ، كاللَّبنِ والولدِ المنفصلينِ . . كانتِ الزيادةُ للملتقِطِ ؛ لأَنَّها زيادةٌ حدثتْ في مِلكِهِ .

وإِنْ وَجدَها صاحبُها ناقصةً . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنْ يأخُذَها وأَرشَ ما نقصتْ ؛ لأَنَّ جميعَها مضمونٌ علىٰ الملتقطِ إِذا تَلِفَتْ ، فكذٰلكَ إِذا تلفَ بعضُها .

والثاني : أَنَّهُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يرجعَ بالعينِ ويأْخُذَ أَرشَ النقصِ معَها ، وبينَ أَنْ يطالِبَ ببدلِها ؛ لأَنَّ بدلَها ثابتٌ في ذمَّةِ الملتقطِ ، فكانَ لصاحبِها المطالبةُ بهِ .

والثالثُ ـ حَكاهُ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّدِ » ـ : أَنَّهُ يأخُذُها ولا أَرشَ لَه ؛ لأَنَّ النقصَ كانَ في مِلكهِ . **والمذهبُ الأَوَّلُ** .

وإِنْ جاءَ صاحبُها وقد تَلِفَتِ العينُ في يدِ الملتقطِ ، أَو أَتلفَها . . رجعَ بمِثلِها إِنْ كانَ لَها مِثلٌ ، أَو بقيمتِها إِنْ لَم يكنْ لها مثلٌ .

وقالَ داودُ : (لاَ يرجعُ عليهِ ببدلِها) ، ووافقهُ عليهِ الكرابيسيُّ مِنْ أَصحابِنا . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لمَا ذكرناهُ مِنْ حديثِ عليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فمتىٰ تُعتبرُ قيمتُها ؟ فيهِ وجهانِ :

[الأَوَّلُ] : قالَ أَبو إِسحاقَ : تُعتبرُ قيمتُها يومَ يطالِبُ بها صاحبُها ؛ لأَنَّهُ وقتُ وجوبِها ؛ لأَنَّهُ لَو وجبتْ عليهِ قيمتُها حينَ التملُّكِ . . لوجبَ إِذا ماتَ قبلَ أَنْ يجيءَ صاحبُها أَنْ لا يكونَ لورثتهِ أَنْ يَقتسِموا جميعَ التركةِ ، بلْ يُعزَلُ منها قَدْرُ قيمتِها ، كمَن ماتَ وعليهِ دَينٌ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّ قيمتَها تُعتبرُ يومَ تملُّكِها ؛ لأَنَّ اللُّقطةَ تجري مجرىٰ القرضِ ، ومَنِ اقترضَ شيئاً . . وَجبتْ عليهِ قيمتُهُ ، فإِنَّ قيمتَهُ تُعتبرُ وقتَ تملُّكِهِ ، لا حينَ يطالَبُ بهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وأَمَّا قِسمةُ التركةِ الَّتي ذَكرها أَبو إِسحاقَ : فلا نُسلِّمُهُ ، وإِنْ سلَّمْناهُ . . فإِنَّما كانَ كذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يُعرفُ المستحِقُّ ، والظاهرُ أَنَّهُ لا يُعرفُ ، فلَم تُوقفِ التركةُ .

فرعٌ : [بيع الملتقط اللقطة] :

فإنْ تملَّكَ الملتقطُ اللُّقطةَ وباعَها ، وحضرَ المالِكُ في حالِ الخيارِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَفسخُ المالكُ البيعَ ويأخذُهُ ؛ لأَنَّهُ يستحقُّ العينَ ، والعينُ باقيةٌ .

والثاني : لاَ يملِكُ الفسخَ ؛ لأَنَّ الفسخَ حقٌّ للمتعاقدَينِ ، فلَم يملِكْهُ غيرُهما مِنْ غيرِ إِذنِهما .

مسأَلةٌ : [لا تدفع اللقطة بالتخمين] :

وإذا ٱلتقطَ الرجلُ لُقطةً فعرَّفها ، فجاءَ رجلٌ وٱدَّعىٰ أَنَّها لَه :

فإِنْ وَصفَها المدَّعي بصفاتِها ، وشهدتْ لَه البيِّنةُ أَنَّ تلك اللقطةَ بهٰذه الصفةِ لهُ . . وَجبَ دَفعُها إِليهِ ؛ لأَنَّه قدْ عَرفَ أَنَّه مالِكُها بالبيِّنةِ .

وإِنْ لَم يَصفْها ، ولَم يُقمْ عليها بيِّنةً . . لَم يَجُزْ دفعُها إِليهِ .

وإِنْ وَصفَها بصفاتِها ، ولَم يُقمْ عليها بيِّنةً ، فإِنْ لَم يغلبْ علىٰ ظنِّ الملتقِطِ أَنَّها لَه . . لَم يجبْ دفعُها إِليهِ ، ولَم يَجُزْ ؛ لأَنَّه لاَ يَدفعُ إِليهِ أَمانةً عندَهُ بالتخمينِ .

فإِنْ طلبَ المدَّعي يمينَ الملتقِطِ . . نظرتَ : فإِنْ أَقرَّ الطالبُ أَنَّها لُقطةٌ في يدِ الملتقِطِ ، وٱدَّعىٰ الطالبُ أَنَّ المالكَ يعلَمُ أَنَّها مِلكٌ لَه . . حَلفَ الملتقِطُ يميناً : ما يعلَمُ أَنَّها مِلكُ الطالبِ ، وإِنْ لَم يدَّعِ الطالبُ أَنَّ الملتقِطَ يعلمُ أَنَّها مِلكُهُ . . لَم يجبْ عليهِ أَنْ يحلِفَ . وإِنْ لَم يُقرَّ الطالبُ أَنَّها لُقطةٌ في يدِ الملتقِطِ ، وقالَ : هيَ مِلكي . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٣٥٩] : فإِنَّ الملتقِطَ يحلفُ علىٰ البَتِّ والقطعِ(١) . فأَمَّا إِذا غلبَ علىٰ ظنِّ الملتقِطِ بوصفِ الطالبِ أَنَّها مِلكُه . . فإِنَّه يجوزُ لَه دفعُها إِليهِ ، ولٰكنْ

---

(١) عبارة « الإبانة » : فإن الملتقط يحلف علىٰ البتِّ . هٰذا إذا وجد اللقطة في دار الإسلام ، أو في دار يكون فيها مسلمون وكفار ، فأما إذا وجد في دار الحرب . . فهي له من غير تعريف . ولا ضمان بالإتلاف أو بالالتقاط ، ولا خُمس .

لا يجبُ عليهِ دفعُها إليهِ . وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ، **وعامَّةُ أهلِ العلمِ** .

وقالَ أحمدُ وبعضُ أصحابِ الحديثِ : (**يجبُ عليهِ دفعُها إليهِ بذٰلكَ**) .

دليلُنا : قولُه ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَإِلاَّ . . فَشَأْنَكَ بِهَا » .

و(رَبُّها) : مالِكُها ، ونحنُ لاَ نعلمُ مالِكَها بوصفِه لها ، ولأنَّه وَصفٌ لِما ٱدَّعاهُ فلَمْ يَستحقَّهُ بالصفةِ ، كالمغصوبِ والمسروقِ . وكما لَو كانَ عندَ رجلٍ وديعةٌ ، وأَشكلَ عليهِ المودِعُ لها ، فجاءَ رجلٌ ووَصفَها بصفاتِها ، فإنَّه لاَ يُجبَرُ علىٰ دفعِها إليهِ بذٰلكَ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنِ ٱختارَ الملتقِطُ دفعَ اللُّقطةِ إلىٰ مَنْ وَصفَها بصفاتِها ، ثمَّ جاءَ طالبٌ آخرُ وٱدَّعىٰ أنَّها لَهُ ، وأَقامَ بيِّنةً أنَّ تلكَ اللُّقطةَ مِلكُهُ ، أَو أنَّه ٱبتاعَها مِنْ مالِكها ، ولاَ يعلمُ أنَّها ٱنتقلتْ منهُ ـ قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : أَو شهدتْ لَه أنَّه ورثَها ولاَ يعلمُ أنَّها ٱنتقلتْ مِنْ ملكهِ ـ حُكِمَ لصاحبِ البيِّنةِ بملكِ اللُّقطةِ ؛ لأنَّ البيِّنةَ أولىٰ مِنَ الصِّفةِ .

فإنْ كانتِ اللُّقطةُ باقيةً . . أَخذَها الثاني ولا كلامَ ، وإنْ كانتْ قد تلِفتْ في يدِ الأَوَّلِ الذي أَخذَها بالصفةِ . . فللثاني الذي أَقامَ البيِّنةَ أَنْ يطالبَ ببدلِها الملتقِطَ ؛ لأنَّه دَفعها إلىٰ غيرِ مستحقِّها ، ولَه أَنْ يطالِبَ الذي تلفتْ في يدِهِ ؛ لأَنَّ التلفَ حصلَ بيدِهِ . فإنْ ضَمِنَ الذي تلِفتْ بيدِهِ . . لَم يَرجعْ بما ضمِنَهُ علىٰ الملتقِطِ ؛ لأنَّه يقولُ : ظَلمَني صاحبُ البيِّنةِ ، فلاَ يرجعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلمَهُ . وإنْ رجعَ صاحبُ البيِّنةِ علىٰ الملتقِطِ . . فهلْ للملتقطِ أنْ يرجعَ بما ضمِنَهُ علىٰ الذي تَلِفتْ في يدِهِ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ قد سُمعَ مِنَ الملتقِطِ إقرارٌ أَنَّ المِلكَ للواصفِ ، بأَنْ يقولَ : هيَ مِلكُكَ ، أَو صدقتَ هيَ مِلكُكَ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . . لَم يرجعِ الملتقِطُ علىٰ الذي تَلِفتْ بيدِهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّه يعترفُ أَنَّ صاحبَ البيِّنةِ ظلمَهُ ، فلا يرجعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلَمهُ .

وإنْ لَم يتقدَّمْ منهُ إقرارٌ بالمِلكِ للواصفِ ، بأَنْ قالَ حينَ الدفعِ : يَغلِبُ علىٰ ظنِّي صِدْقُهَ ، إذا دَفعَ إليهِ بالصفةِ . . كانَ لَه الرجوعُ علىٰ الواصفِ ؛ لأَنَّ التلَفَ حصلَ بيدِهِ ، ولَم يُقِرَّ لَه بالملكِ .

هٰذا إذا دفعَها الملتقِطُ إلىٰ الواصفِ برأيِهِ . فأَمَّا إذا دفعَها إليهِ برأيِ حاكمٍ يرىٰ

وُجوبَ الدفعِ بالصفةِ ، وألزمَهُ ذلكَ . . فليسَ للذي أقامَ البيِّنةَ أَنْ يرجعَ علىٰ الملتقِطِ بشيءٍ ؛ لأَنَّ الملتقِطَ غيرُ مفرِّطٍ في الدفعِ .

فأَمَّا إذا تلِفَتِ اللُّقطةُ في يدِ الملتقِطِ بعدَ أَنْ تملَّكَها ، فجاءَ رجلٌ فٱدَّعاها ووَصفَها ، فغلبَ علىٰ ظنِّ الملتقِطِ صِدْقُهُ ، فدفعَ إليهِ قيمتَها ، ثمَّ جاءَ آخرُ وٱدَّعاها ، وأقامَ عليها بيِّنةً . . فلصاحبِ البيِّنةِ أَنْ يُطالِبَ الملتقِط بقيمةِ اللُّقطةِ ، وليسَ لَه أَنْ يُطالِبَ الواصفَ ؛ لأَنَّ القيمةَ التي قبضَها ليستْ عينَ اللُّقطةِ .

مسأَلةٌ : [لقطة الحيوان] :

وإنْ كانتِ اللُّقطةُ حَيَواناً . . فلاَ يخلو : إمَّا أَنْ يَجدَها في صحراءَ ، أَو في قريةٍ :

فإنْ وجدَها في صحراءَ . . نظرتَ : فإنْ كانَ حَيَواناً يمتنعُ بقوَّتهِ مِنْ صغارِ السباعِ ، كالإبلِ والبقرِ والخيلِ والبغالِ والحميرِ ، أَو يَبعدُ أَثرُهُ في الأَرضِ لخفَّتهِ ، كالظباءِ والغزلانِ والأَرانبِ ، أَو بطيرانهِ ، كالحمَامِ . . فلاَ يجوزُ ٱلتقاطُها للتملُّكِ .

وحكىٰ ٱبنُ الصبَّاغِ : أَنَّ أَبا حنيفةَ قالَ : (يجوزُ ٱلتقاطُها للتملُّكِ) .

ودليلُنا : ماروِيَ : أَنَّ رجلاً قالَ : يا رسولَ اللهِ! إنَّا نصيبُ هَواميَ الإبلِ ، فقالَ ﷺ : « ضَالَّةُ ٱلمُسْلِمِ حَرَقُ ٱلنَّارِ فَلاَ تَقْرَبَنَّهَا »(١) .

وفي حديثٍ آخرَ : « لاَ يُؤْوِي ٱلضالَّةَ إلاَّ ضَالٌّ » و(الضالَّةُ) : ٱسمٌ للحيوانِ خاصَّةً .

---

(١) أخرجه عن الجارود بن المعلىٰ عبد الرزاق في « المصنف » (١٨٦٠٣) ، والترمذي (١٨٨٢) في الأشربة بإسناد حسن ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٨٠٠) ، وأحمد في « المسند » (٥/ ٨٠) ، والدارمي في « السنن » (٢/ ٢٦٦) ، وأبو يعلىٰ في « المسند » (٩١٩) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٨٨٧) بسند قوي ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٩٠) في اللقطة وفي الباب :

عن أبي مطرف عبد الله بن الشخير رواه ابن ماجه (٢٥٠٢) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٨٨٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٩١) في اللقطة . قال البوصيري : إسناده صحيح ورجاله ثقات .

وفي حديثِ زيدِ بنِ خالدٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ ضالَّةِ الإبلِ ، فغضبَ حتَّىٰ ٱحمرَّتْ وَجنتاهُ ، وقالَ : « مَا لَكَ وَلَهَا ، مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا ، تَرِدُ ٱلْمَاءَ ، وَتَأْكُلُ ٱلشَّجَرَ حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا » .

وسُئِلَ عَنْ ضالَّةِ الغنمِ فقالَ : « هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيْكَ ، أَو لِلذِّئْبِ » .

فقولُه : (مَعَها حِذَاؤُها) يعني : أَخفافَها ، أَي : أَنَّها تقوىٰ علىٰ السيرِ ، وقَطعِ البلادِ .

وقولُه : (سقَاؤُها) يعني : أَجوافَها ؛ لأَنَّها تأْخُذُ الماءَ الكثيرَ في أَجوافِها ، فيبقىٰ معَها .

وقولُه : (تَرِدُ الماءَ ، وتأكلُ الشجرَ) أَي : هيَ محفوظةٌ بنفْسِها .

فزَجرَ النبيُّ ﷺ عَنْ أَخذِ الإبلِ ، وبيَّنَ لأَيِّ معنىً منعَ منهُ . وقِسْنا عليهِ ما في مَعناها .

إذا ثَبتَ أَنَّه لاَ يجوزُ ٱلتقاطُها للتملُّكِ . . فهلْ يجوزُ أَخذُها للحفظِ علىٰ صاحِبها ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ الواجدُ لها هوَ الإمامُ ، أَوِ الحاكمُ . . جازَ لَه أَنْ يأخُذَها ليحفظَها علىٰ صاحِبِها ؛ لمَا رويَ : (أَنَّ عمرَ رضيَ اللهُ عنهُ كانتْ لَه حظيرةٌ يجمعُ فيها الضَّوالَّ)[1] . ولأَنَّ في ذٰلكَ مصلحةً لصاحبِها . فإِنْ كانَ لَه حِمىً . . تركَها في الحِمىٰ ، ويَسِمُها بِسِمَةِ[2] الضَّوالِّ ؛ لتتميَّزَ عَنْ نَعَمِ الصدَقةِ والجزيةِ وخيلِ المجاهدينَ . وإِنْ لَم يكنْ لَه حمىً ، وٱحتاجتْ إِلىٰ الإنفاقِ عليها ، فإِنْ طَمعَ في مجيءِ صاحِبِها في يومٍ أَو يومينِ أَو ثلاثٍ . . أَنفقَ عليها . وإِنْ لَم يَطمعْ في مجيءِ

---

(١) أخرج خبر عمر بنحوه مالك في « الموطأ » (٧٥٩/٢) في الأقضية ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٨٦٠٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٩١/٦) في اللقطة وإسناده منقطع بلفظ : (كانت ضوال الإبل في زمان عمر إبلاً مؤبلة تناتج لا يمسها حتىٰ كان زمان عثمان . . .) .

(٢) يسمها : يعلِّمها بالميسم بعلامة خاصة .

صاحِبِها. . باعَها وحَفِظَ ثمنَها لَه ؛ لأنَّه لَو تركَها. . أستغرقتِ النفقةُ قيمتَها ، فكانَ بيعُها أحوطَ لصاحِبِها .

وإِنْ كانَ الواجدُ لَها مِنَ الرعيَّةِ ، فأَخذَها ليحفظَها علىٰ صاحِبِها. . فهلْ يضمنُها بالأَخذِ لذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لاَ يضمنُها ؛ لأنَّه أَخذَها لِيحفظَها علىٰ صاحِبِها ، فهوَ كالحاكمِ .

والثاني : يضمنُها بالأَخذِ ؛ لأنَّه لا وِلايةِ لَه علىٰ مالكِها بحالٍ ، بخلافِ الإِمامِ والحاكمِ فإِنَّهما يَرصِدانِ لمصالحِ المسلمينَ ، ولَهما وِلايةٌ علىٰ غيرِ الرشيدِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : أَو أَخذَها بنيَّةِ التملُّكِ. . فقدْ لزمَهُ ضمانُها ؛ فإِنْ ردَّها إِلىٰ الموضعِ الذي وَجدَها فيهِ. . لَم يزلْ عنهُ الضمانُ ؛ لأَنَّ ما لزمَهُ ضمانُه ، لاَ يزولُ عنهُ ضمانُهُ بردِّهِ إِلىٰ مكانهِ ، كما لَو غَصبَ شيئاً مِنْ مكانٍ ثمَّ ردَّه إِليهِ . وإِنْ سلَّمها إِلىٰ الإِمامِ أَوِ الحاكمِ. . فهلْ يزولُ عنهُ الضمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لاَ يزولُ عنهُ الضمانُ ؛ لأَنَّ الإِمامَ والحاكمَ لا وِلايةَ لَه علىٰ رشيدٍ ، ويجوزُ أَنْ يكونَ مالِكُها رشيداً .

والثاني : يزولُ عنهُ الضمانُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الإِمامَ أَوِ الحاكمَ لَو أَخذَها ليحفظَها علىٰ صاحبِها. . جازَ . فإِذا قبضَها. . كذٰلكَ[1] ، ولأَنَّ لَه وِلايةً علىٰ مالِ الغائِبِ ، ولهٰذا يقضي منهُ ديونَهُ ويحفظُهُ عليهِ .

فعلىٰ هٰذا : إِنْ أَخذَها الإِمامُ أَوِ الحاكمُ منهُ. . كانَ كما لَو وَجدَها بنفسهِ وأَخذَها ليحفظَها علىٰ ما مضىٰ .

وإِنْ كانَ الحَيَوانُ ممَّا لاَ يَمتنعُ بنفسهِ مِنْ صغارِ السباعِ ، كالشياهِ ، وعجاجيلِ[2] البقرِ ، وفصلانِ[3] الإبلِ الصغارِ ، وما أَشبهَها. . فيجوزُ ٱلتقاطُهُ ؛ لمَا روىٰ زيدُ بنُ

---

(١) في (م) : (لذٰلك . . جاز) .

(٢) **عجاجيل** ـ جمع عجل ـ : ولد البقرة ما دام له شهر ، والأنثىٰ : عجلة ، والجمع عجول أيضاً .

(٣) **الفِصْلان** ـ جمع فصيل ـ : ولد الناقة بعد الفطام .

خالدٍ : أَنَّ النبيَّ ﷺ : سُئِلَ عَنْ ضالَّةِ الغنمِ ، فقالَ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيْكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » .

ومعنىٰ هٰذا : أَي هيَ لكَ إِنْ أخذتَها ، أَو هيَ لأَخيكَ إِنْ أَخذَها .

قالَ الصيمريُّ : يحتملُ أَنَّه أَرادَ : أَنَّها باقيةٌ علىٰ ملكِ مالكِها .

وقولُه : (أَو للذئبِ) أَي : إِذا لَم تأْخُذها أَنتَ ولا أَحدٌ . . أَكلَها الذئبُ بلاَ شكٍّ .

فإِذا ٱلتقطَ الرجلُ شيئاً مِنْ هٰذا . . فهوَ بالخيارِ :

إِنْ شاءَ تطوَّعَ بالإِنفاقِ عليها ، وحفظِها لصاحبِها .

وإِنْ شاءَ عرَّفَها حولاً ، وتملَّكَها بعدَ ذٰلكَ .

وإِنْ شاءَ باعَها وحفظَ ثمنَها لصاحبِها ، أَو عرَّفَ الحَيَوانَ نفسَهُ حولاً وتملَّك الثمنَ .

وإِنْ شاءَ أَكلَها قبلَ الحولِ ، وعرَّفَها حولاً ، فإِنْ جاءَ صاحبُها . . غَرِمَ لَه قيمتَها .

وقالَ مالكٌ : (لاَ يجبُ عليهِ غرمُ قيمتِها ؛ لقولهِ ﷺ : « فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيْكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » ولَم يَذكرِ الغُرمَ) .

ودليلُنا : أَنَّ هٰذا ملكٌ لغيرِهِ ، فلَمْ يكنْ لَه تملُّكهُ بغيرِ عِوَضٍ مِنْ غيرِ رضا المالكِ ، كما لَو كانَ في البُنيانِ . والخبرُ محمولٌ علىٰ أَنَّهُ أَرادَ : بعِوَضِها .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ أَرادَ الملتقطُ بيعَها ، فإِنْ لَم يكنْ في البلدِ حَاكمٌ . . باعَها بنفسِهِ ؛ لأَنَّهُ موضعُ ضرورةٍ . وإِنْ كانَ في البلدِ حاكمٌ . . رفعَ الأَمرَ إِليه ليبيعَها الحاكمُ ، أَو يأْمرَهُ بالبيعِ أَو يأْمرَ غيرَهُ .

فإِنْ باعَها الملتقِطُ مِنْ غيرِ إِذنِ الحاكمِ معَ قدرتهِ عليهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يصحُّ البيعُ ؛ لأَنَّهُ لمَّا قامَ مقامَ المالكِ في الحفظِ . . قامَ مقامَهُ في البيعِ .

والثاني : لا يصحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ لا وِلايةَ لَه علىٰ المالكِ في بيعِ مالِهِ ، بخلافِ الحاكمِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : وجاءَ المالِكُ . . كانَ لَه أَنْ يطالبَ الملتقِطَ بردِّ العينِ إِنْ كانتْ باقيةً ، أَو بقيمتِها إِنْ كانتْ تالفةً .

ولَه أَن يطالبَ المشتريَ بذٰلكَ . فإِنْ تلِفَتْ في يدِ المشتري ، فرجع عليهِ بقيمتِها . . لَم يرجعِ المشتري علىٰ الملتقِطِ بالقيمةِ ، بلْ يرجعُ عليهِ بالثمنِ إِنْ كانَ دفعَهُ . وإِنْ رجعَ المالكُ علىٰ الملتقِطِ بالقيمةِ . . رجعَ بها الملتقِطُ علىٰ المشتري ، وردَّ عليهِ الثمنَ .

وإذا قُلنا بالأَوّلِ : أَو باعَها بإِذنِ الحاكمِ . . فإِنَّ الثمنَ يكونُ أَمانةً في يدهِ مدَّةَ التعريفِ . فإِنْ جاءَ المالكُ بعدَ البيعِ . . لَم يملكْ فسخَ البيعِ ، بلْ يرجعُ بالثمنِ ، سواءٌ كانَ قبلَ أَنْ يتملَّكَهُ الملتقِطُ أَو بعدَ ما تملَّكَهُ ؛ لأَنَّهُ قامَ مقامَ اللُّقطةِ .

فإِنْ هَلكَ الثمنُ في يدِ الملتقِطِ في مدَّةِ التعريفِ مِنْ غيرِ تفريطٍ منهُ ، ثمَّ جاءَ مالِكُ اللُّقطةِ . . لَم يجبْ علىٰ الملتقِطِ ضمانٌ ، كما لَو هَلكتِ اللُّقطةُ في مدَّةِ التعريفِ .

وإِنِ اختارَ الملتقِطُ أَكلَها قبلَ الحولِ . . كانَ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ حظّاً لصاحِبها ؛ لأَنَّ قيمتَها ثبتتْ في ذمَّةِ الملتقِطِ ، فإِذا تُركتْ ، ربَّما تَلفتْ ، فسقطَ حقُّ مالِكِها .

وهلْ يلزمُ الملتقِطَ عزلُ قيمتِها مدَّةَ التعريفِ ؟

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والمحامليُّ : لاَ يلزمُهُ عزلُ قيمتِها هاهُنا ، وجهاً واحداً .

وحكىٰ في « المهذَّبِ » في عزلِ القيمةِ هاهُنا وَجهينِ :

أَحدُهما : لا يلزمُهُ ؛ لأَنَّ كلَّ موضعٍ جازَ لَه أَكلُ اللُّقطةِ . . لَم يلزمْهُ عزلُ بَدلِها ، كما بَعدَ الحوْلِ .

والثاني : يلزمُهُ عزلُ بَدلِها مِنْ مالِهِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ لَه أَنْ ينتفعَ باللُّقطةِ قبلَ الحولِ ، فلمَّا جوَّزْنا لَه الانتفاعَ بها هاهُنا قبلَ الحولِ . . لَزمَهُ عزلُ بَدلِها مِنْ مالهِ ؛ ليقومَ بَدلُها مقامَها .

فإِذا قُلنا : لاَ يلزمُهُ عَزْلُ بدلِها . . فإِنَّ بَدلَها يكونُ ديناً في ذمَّتهِ ، ويعرِّفُ اللُّقطةَ نفْسَها . فإِنْ ماتَ أَو أَفلسَ ، ثمَّ جاءَ صاحبُها . . ضاربَ معَ الغرماءِ بقَدْرِ قيمةِ اللُّقطةِ .

وإِنْ قُلنا : يلزمُهُ عزلُ بَدلِها ، فعزلَهُ . . فإِنَّهُ يعرِّفُ اللُّقْطةَ نَفْسَها ، لا ما عزلَهُ ، ويكونُ ما عزلَهُ أَمانةً في يدهِ مدَّةَ التعريفِ ، فإِنْ تلِفَتْ في يدهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . لَم يلزمِ الملتقِطَ شيءٌ آخرُ غيرُ الذي عزلَهُ ؛ لأَنَّ القيمةَ قد قامتْ مقامَ اللُّقطةِ ، فإِنِ اختارَ أَنْ يحفظَ القيمةَ أَبداً علىٰ صاحبِ اللُّقطةِ بعينِهِ . . كانَ لَه ذٰلكَ ، وإِنْ أَرادَ أَنْ يتملَّكَها بعدَ

التعريفِ . . كانَ لَه ذٰلكَ ، فإذا تملَّكها . . كانتِ القيمةُ في ذمَّتهِ ، وإنْ ماتَ الملتقِطُ أَو أَفلسَ قبلَ أَنْ يتملَّكَ القيمةَ ، فجاءَ مالكُ اللُّقطةِ . . كانَ أَحقَّ بالقيمةِ المعزولةِ مِنْ سائرِ الغرماءِ .

فرعٌ : [وجد حيواناً في قرية عامرة] :

وإنْ وجدَ الحَيَوانَ في بلدٍ أَوقريةٍ عامرةٍ . . فقالَ المزنيُّ : قالَ الشافعيُّ فيما وَضعَهُ بخطِّهِ ـ لاَ أَعلَمُهُ سُمعَ منهُ ـ : (فالجميع لُقطةٌ) .

واختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : **الصحيحُ** ما ذكرهُ المزنيُّ . فالصغيرُ والكبيرُ مِنَ الحَيَوانِ لُقطةٌ في البلدِ ؛ لأَنَّا إِنَّما منَعْناهُ مِنْ أَخذِ الكبيرِ مِنَ الحيوانِ في الصحراءِ ؛ لأَنَّ تَركَ أَخذِهِ أَحظُّ لصاحبهِ ؛ لأَنَّهُ يأكلُ الشجرَ ، ويَرِدُ الماءَ ، ويتحفَّظُ بنفسهِ ، وهٰذا المعنىٰ غيرُ موجودٍ فيه في البلدِ ؛ لأَنَّهُ لاَ يجدُ ما يَرعىٰ فيهِ ، فكانَ التقاطُهُ أَحظَّ لصاحبهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : ما يجدُهُ مِنَ الحَيَوانِ في البلدِ كالذي يجدُهُ في الصحراءِ ، فإِنْ كانَ إِبلاً ، أَو ما كانَ في معناها . . لَم يكنْ لَه أَخذُها .

وإِنْ كانَ غنماً ، أَو ما كانَ في معناها . . كانَ لَه أَخذُها ؛ لعمومِ حديثِ زيدِ بنِ خالدٍ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ لَم يفرِّقْ فيهِ بينَ البلدِ والصحراءِ ، وإِنَّما فرَّقَ فيهِ بينَ الصغيرِ والكبيرِ ؛ لأَنَّ الكبيرَ في البَلدِ لا يضيعُ أَيضاً ولاَ يخفىٰ أَمرُهُ بخلافِ الصغيرِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فليسَ لَه أَنْ يأْخذَ الكبارَ للتملُّكِ ، ولَه أَنْ يأْخذَ الصغارَ ويكونُ فيهِ بالخيارِ : بينَ أَنْ يتطوَّعَ بالإِنفاقِ عليها ويحفظَها علىٰ صاحِبها ، وبينَ أَنْ يعرِّفَها حولاً ويتملَّكَها ، وبينَ أَنْ يبيعَها ويحفظَ ثمنَها ، أَو يتملَّكَها بعدَ التعريفِ ، وهلْ لَه أَنْ يأْكُلَها في البلدِ ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ أَكثرُ أَصحابِنا : لا يأْكُلُها . والفرقُ بينَ البلدِ والصحراءِ : أَنَّهُ لاَ يجدُ في الصحراءِ مَنْ يَشتريها في الغالبِ ، فجازَ لَه أَكلُها ، وفي البلدِ يجدُ مَنْ يشتريها في الغالبِ . . فلَم يَجُزْ لَه أَكلُها .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يجوزُ لَه أَكلُها في البلدِ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قدْ نصَّ علىٰ : (أَنَّه إِذا وجدَ الطعامَ الرطبَ في البلدِ . . فلَهُ أَكلُه وإِنْ كانَ يجدُ مَنْ يَشتريهِ) . وهٰذا في معناه .

وإِنْ قُلنا بقولِ أَبي إِسحاقَ : وأَنَّ الصغارَ والكبارَ لُقطةٌ . . فهوَ بالخيارِ : بينَ أَنْ ينفقَ علىٰ الجميعِ ويحفظَها علىٰ صاحبِها ، أَو يعرِّفَها ويتملَّكَها ، أَو يبيعَها ويحفظَ ثمنَها ، أَو يتملَّكَهُ بعدَ التعريفِ ، وهلْ لَه أَكلُ الجميعِ ؟ علىٰ الوجهينِ في الصغارِ في البلدِ .

فرعٌ : [وجدَ ضالة في دار الحرب] :

إِذا وَجدَ لُقطةً أَو ضالَّةً في دارِ الحربِ ، ولا مُسْلمَ في دارِ الحربِ . . فهيَ غنيمةٌ ، لأَهلِ الخُمْسِ خُمْسُها ، والباقي لمَنْ وَجدَها .

وإِنْ وجدَ لُقطةً أَو ضالّةً للحربيِّ في دارِ الإِسلامِ . . فهيَ فيءٌ لاَ يختصُّ بهِ الواجدُ .

فرعٌ : [لقطة الهدي الضال] :

إِذا وَجدَ هَدْياً ضالاً في أَيّامِ مِنىٰ أَو قَبْلَها . . فقدْ قالَ ٱبنُ القاصِّ : أَخذَهُ وعرَّفَهُ ، فإِنْ لَم يجدْ صاحبَهُ ، وخافَ أَنْ يفوْتَهُ الذبحُ . . ذَبَحَهُ .

قالَ الشافعيُّ : (وأَحَبُّ إِليَّ أَنْ يَرجعَ إِلىٰ الحاكمِ حتَّىٰ يأْمُرَهُ الحاكمُ بذبحهِ) .

قالَ أَبو عليٍّ السنجيُّ : **قياسُ قولِ الشافعيِّ** : أَنَّهُ لاَ يأْخُذُ الهَدْيَ إِذا وَجدَهُ في الصحراءِ ؛ لعمومِ الخبرِ . ويُحتملُ ما حكاهُ ٱبنُ القاصِّ ، أَنَّ الشافعيَّ قالَ : (يرجعُ بهِ إِلىٰ الحاكمِ) أَرادَ بهِ : إِذا وجَدَهُ في المصرِ . وإِنْ ثبتَ النصُّ فيها عَنِ الشافعيِّ . . فوَجهُهُ : أَنَّهُ معدٌّ للذبحِ ، فإِذا وَجدَهُ وأَشرفَ الوقتُ علىٰ الخروجِ . . فالغالبُ أَنَّهُ ٱنفلتَ مِنْ صاحبهِ . وإِنْ تركَهُ خرجتِ العبادةُ عَنْ وَقتِها ، فجازَ لَه أَخذُهُ وذبحُهُ .

وقالَ القفَّالُ : إِذا وَجدَ الهديَ مُشْعَراً مقلَّداً . . فهلْ لَه أَنْ يذبحَهُ ؟ فيهِ قولانِ مأْخوذانِ مِنَ القولينِ فيمَنْ وَجدَ هَدْياً مذبوحاً في الطريقِ ، وقدْ أُشعِرَ وقلِّدَ ، وضربَ

بدمِهِ علىٰ صفحةِ سَنامِهِ . . هلْ لَه الأَكلُ منهُ بهٰذهِ العلامةِ ؟ علىٰ قولينِ . وهٰكذا لَو قلَّدَ هدْيَهُ وأَشْعَرَهُ . . هلْ يقومُ هٰذا الفعلُ مقامَ النطقِ في إِيجابهِ ؟ علىٰ قولينِ .

مسأَلةٌ : [التقاط العبد الصغير] :

إذا ٱلتقطَ الرجلُ عبداً صغيراً غيرَ مميِّزٍ . . فلَهُ أَنْ يحفظَهُ علىٰ صاحبهِ ، ويتطوَّعَ بالإِنفاقِ عليهِ . ولَه أَنْ يعرِّفَهُ حولاً ويتملَّكَهُ . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٣] : ولَه أَنْ يبيعَهُ ، كالشاةِ .

وإِنْ وَجدَ جاريةً صغيرةً غيرَ مميِّزةٍ . . فلَهُ أَنْ يحفظَها علىٰ صاحِبها ، ويتطوَّعَ بالإِنفاقِ عليها ، وهلْ لَهْ أَنْ يتملَّكَها ؟ ينظرُ فيهِ :

فإِنْ كانَ لا يحلُّ[1] لَه وَطؤُها : بأَنْ كانتْ مِنْ ذوي محارمِهِ . . جازَ لَه أَنْ يتملَّكَها بعدَ التعريفِ ، كما يجوزُ لَه أَنْ يَقترضَها .

وإِنْ كانتْ ممَّنْ يحلُّ لَه وَطؤُها . . لَم يَجُزْ لَه تملُّكُها ، كما لا يجوزُ له ٱقتراضُها .

وإِنْ وَجدَ عبداً كبيراً ، أَو صغيراً مميِّزاً يتحفَّظُ بنفسهِ ، أَو جاريةً كبيرةً ، أَو صغيرةً مميِّزةً ، تَتحفَّظُ بنفْسِها . . لَم يكنْ لَه ٱلتقاطُهما ؛ لأَنَّهما يحفظانِ أَنفسَهُما .

فإِنْ أَرادَ الواجدُ أَنْ يحفظَهُما علىٰ مالِكِهما ، وينفقَ عليهِما مِنْ كسبِهما . . جازَ . وإِنْ لَم يكنْ لَهما كسبٌ . . رَفعَ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ ؛ ليبيعَهُما ويحفظَ ثمنَهُما علىٰ مالِكِهما ، فإِنْ باعَهُ الحاكمُ ، أَو كانَ العبدُ صغيراً فتملَّكَهُ الملتقِطُ وباعَهُ ، ثمَّ جاءَ مالِكُهُ وأَقرَّ أَنَّهُ كانَ قد أَعتقَهُ قبلَ البيعِ . . فحكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ فيهِ قولينِ :

أَحدُهما : يُقبلُ قولُ السيِّدِ فيهِ ، ويُحكمُ بحرِّيَّتهِ ، ويَبطلُ البيعُ ؛ لأَنَّ السيِّدَ أَقرَّ علىٰ نفسهِ بما يضرُّهُ ، فلا تُهمةَ عليهِ فيهِ . . فيُقْبَلُ .

والثاني : لا يُقبلُ قولُهُ ، بل نحكمُ بصحَّةِ البيعِ ؛ لأَنَّ الإِمامَ يلي بيعَهُ حينَ باعَهُ . . فلَم يُقبلْ قولُ المالكِ بما يُبطِلُهُ ، كما لَو باعَ الرجلُ عبدَ نفسهِ ، ثمَّ أَقرَّ أَنَّهُ كانَ أَعتقَهُ قبلَ ذٰلكَ .

---

(١) في نسخة : (لا يجب) .

وحكىٰ القاضي أبو الطيِّبِ : أَنَّ مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لاَ يُقبلُ قولُهُ قولاً واحداً ؛ لما ذكرناهُ .

فرعٌ : [ادعاء عبد آبق في مصر وطلبه في مكة] :

إذا أَبَقَ للرجلِ عبدٌ ، فحصلَ عندَ الحاكم بمصرَ ، فجعلَهُ معَ الضوالِّ ، فأَقامَ رجلٌ عندَ حاكمِ مكَّةَ شاهدينِ شهدا علىٰ أَنَّ ذٰلكَ العبدَ بصفاتهِ لَه ، فكتبَ حاكمُ مكَّةَ إِلىٰ حاكمِ مصرَ : حضرَ إِليَّ فلانُ بنُ فلانٍ ، وٱدَّعىٰ أَنَّ لَه في يدكَ عبداً ، مِنْ صفته كذا وكذا ، وشهدَ لَه بذٰلكَ شاهدانِ . . فهلْ يجبُ تسليمُهُ بذٰلكَ إِلىٰ المدَّعي ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ تسليمُهُ بذٰلكَ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ومحمَّدٌ ؛ لأَنَّهم لَم يَشهدوا علىٰ عينهِ ، وإِنَّما شَهدوا علىٰ الصفاتِ ، والصفاتُ تَشتبِهُ ، وقدْ تتَّفقُ الصفاتُ معَ ٱختلافِ الأَعيانِ .

فعلىٰ هٰذا : لَو جاءَ طالبٌ لَه آخرُ ، وٱدَّعىٰ أَنَّه لَه ، ووَصفَهُ بصفاتهِ . . لَم يَجُزْ دفعُهُ إِليهِ حتَّىٰ يتَّضِحَ لَه : مَنِ المالكُ منهُما ؟

القولُ الثاني : يجبُ تسليمُهُ إِليهِ بذٰلكَ . وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ أَثبتَتْهُ لَه بصفاتهِ ، كما ثبتَتْ في الذمَّةِ بوصفهِ في السلَمِ . **فإِذا قُلنا بهٰذا** : فإِنَّ حاكمَ مصرَ يجعلُ في رقبةِ العبدِ خيطاً ، ويضيِّقُهُ بحيثُ لا يمكنُ أَنْ يُخرجَهُ مِنْ رأْسهِ ، ويختمُ علىٰ ذٰلكَ الخيطِ ، ويسلِّمُهُ إِلىٰ المدَّعي أَو وَكيلهِ ، ويكونُ مضموناً علىٰ المدَّعي إِنْ تلِفَ ، فيحملُهُ إِلىٰ حاكمِ مكَّةَ ، فإِنْ قالَ الشاهدانِ : إِنَّ هٰذا هوَ العبدُ الذي شهدنا عليهِ للمدَّعي . . ٱستقرَّ ملكُهُ عليهِ . وإِنْ قالاَ : هوَ غيرُهُ . . لزمَهُ ردُّهُ إِلىٰ حاكمِ مصرَ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّه يدخلُ علىٰ الثاني ثلاثةُ أَشياءَ :

أَحدُها : أَنَّه إِذا سلَّمَ العبدَ إِلىٰ المدَّعي . . لَم يؤمَنْ أَنْ يموتَ المدَّعي أَو يُفلِسَ ، وقدْ تلِفَ العبدُ في يدِهِ ، ويكونُ لغيرهِ ، فلا يصلُ صاحبُهُ إِلىٰ العبدِ ، ولا إِلىٰ قيمتهِ .

الثاني : أَنَّه قد يكونُ للغيرِ ، فتذهبُ منفعتُهُ في الطريقِ معَ المدَّعي .

الثالثُ : قد تكونُ أَمَّ ولدٍ للغيرِ ، فيسلِّمُها إِلىٰ غيرهِ ، وهٰذا لا سبيلَ إِليهِ .

وإذا قُلنا بالأوَّلِ : فرأَىٰ حاكمُ مصرَ بيعَهُ وحفظَ ثمنهِ ، فنصَّبَ المدَّعي رجلاً ليبتاعَهُ لَه مِنْ حاكمِ مصرَ ، فابتاعَهُ لَه ، ثمَّ مضىٰ بهِ إلىٰ مكَّةَ ، فحضرَ الشاهدانِ وشهدا أَنَّ هٰذا العبدَ مِلكُهُ . . حُكمَ بفسادِ البيعِ ، فيكتبُ حاكمُ مكَّةَ إلىٰ حاكمِ مصرَ بذٰلكَ ليردَّ لَه الثمنَ إنْ كانَ قدْ قبضَهَ ؛ لأنَّه قدْ بانَ أنَّه مِلكُهُ ، ولا يقولُ المدَّعي لحاكمِ مصرَ : بعني هٰذا العبدَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ إقرارٌ منهُ أنَّه ليسَ بملكٍ لَه .

مسأَلةٌ : [ٱلتقاط كلب صيد] :

إذا ٱلتقط كلبَ صيدٍ . . عرَّفهُ حولاً ، فإنْ لَم يجدْ صاحبَهُ . . كانَ لَه أَنْ ينتفعَ بهِ بعدَ الحولِ ؛ لأنَّه وإنْ كانَ غيرَ مملوكٍ فإنَّ الانتفاعَ بهِ جائزٌ ، فقامَ بعدَ الحولِ والتعريفِ مقامَ صاحبهِ . فإنْ جاءَ صاحبُهُ وقد هلكَ . . لَم يجبْ عليهِ قيمتُهُ ؛ لأنَّه لا قيمةَ لَه .

وهلْ يضمنُ قيمةَ منفعتهِ بعدَ الحولِ ؟ فيهِ وجهانِ بناءً علىٰ الوجهينِ في جوازِ إجارَتِهِ .

مسأَلةٌ : [ٱلتقاط الطعام الرطب] :

وإنْ كانتِ اللُّقطةُ طعاماً رَطباً لاَ يمكنُ ٱستبقاؤُهُ[1] ، كالطبائخِ والهرائسِ . . فقد قالَ الشافعيُّ : (لَه أَنْ يأكُلَهُ إذا خافَ فسادَهُ ، ويَغرَمَهُ لربِّهِ) .

قالَ المزنيُّ : وقالَ الشافعيُّ فيما وضعَهُ بخطِّهِ ـ لاَ أَعلَمُه سُمعَ منهُ ـ : (إذا خافَ فسادَهُ . . أَحببتُ لَه أَنْ يبيعَهُ) فجعلَ المزنيُّ هٰذا قولاً آخرَ أنَّه لا يجوزُ لَه أَكلُهُ ؛ لأنَّه يمكنُهُ بيعُهُ .

قالَ أَصحابُنا : وما خرَّجَهُ المزنيُّ غيرُ صحيحٍ ، بل يجوزُ لَه الأكلُ ، قولاً واحداً . وما ذَكرهُ الشافعيُّ بخطِّهِ لا يدلُّ علىٰ أنَّه لاَ يجوزُ لَه الأكلُ ، وإنَّما يدلُّ علىٰ أنَّ البيعَ أَولىٰ مِنَ الأكلِ ، وهٰذا صحيحٌ .

وإذا ثبتَ هٰذا : فهوَ بالخيارِ : بينَ أَنْ يبيعَهُ ، وبينَ أَنْ يأكلَهُ ، كما قُلنا في الشاةِ إذا

(١) في (م) : (استصلاحه) .

وَجدَها في صحراءَ ؛ لأَنَّه يُخافُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهُما الهلاكُ ؛ فإنِ ٱختارَ بيعَهُ ، فإنْ لَم يكنْ في البلدِ حاكمٌ . . باعَهُ بنفسِهِ ؛ لأَنَّه موضعُ ضرورةٍ ، ويعرِّفُ الطعامَ الذي وجدَهُ لاَ نفسَ الثمنِ . وإنْ كانَ في البلدِ حاكمٌ ، فرفعَ الأَمرَ إليهِ ، فباعَهُ الحاكمُ بنفسهِ ، أَو أَمرَ الملتقِطَ أَو غيرَهُ أَنْ يبيعَهُ فباعَهُ . . صحَّ البيعُ .

وإنْ باعَهُ الملتقِطُ بنفسهِ مِنْ غيرِ إذنِ الحاكمِ . . فذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبَّاغِ : أَنَّه لا يصحُّ البيعُ .

قلتُ : ويحتملُ أَنْ يكونَ علىٰ الوجهينِ اللَّذينِ حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ في بيعِ الشاةِ التي وجدَها في الصحراءِ .

وإنِ ٱختارَ أَكلَهُ . . فهلْ يلزمُهُ عزلُ قيمتهِ ؟ حكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبَّاغِ : فيهِ وجهينِ عَنْ أَبي إِسحاقَ ، وقدْ مضىٰ تعليلُهما في أَكلِ الشاةِ التي وَجدَها في الصحراءِ .

فرعٌ : [ٱلتقاط ما يحتاج إلىٰ مؤونة] :

وإنِ ٱلتقطَ ما لا يبقىٰ إلا بمؤونةٍ وعلاجٍ ، كالرُّطبِ والعنبِ ، فإنْ كانَ بيعُهُ رَطْباً أَحوطَ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : كانَ كالطعامِ الرَّطبِ علىٰ ما مضىٰ .

وذكرَ الشيخانِ ـ أَبو حامدٍ وأَبو إِسحاقَ ـ : أَنَّه يُباعُ ويُحتفظُ بثمنِهِ لصاحبهِ .

وإنْ كانَ تجفيفُهُ أَحوطَ ، فإنْ تطوَّعَ الواجدُ بالإنفاقِ علىٰ تجفيفهِ . . جازَ ، وإنْ لَم يتطوَّعْ . . باعَ الحاكمُ جُزءاً منهُ ، وأَنفقَهُ علىٰ تجفيفهِ ، بخلافِ الحَيَوانِ فإنَّه لاَ يُباعُ منهُ شيءٌ ؛ لأَنَّ النفقةَ هاهُنا لاَ تتكرَّرُ ، بخلافِ النفقةِ علىٰ الحَيَوانِ فإنَّها تتكرَّرُ ، فلذٰلكَ قُلنا : لاَ يباعُ منهُ شيءٌ لذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [لقطة خمر مراق] :

وإنْ وجدَ خمراً أَراقَها صاحبُها . . لَم يجبْ تعريفُها ؛ لأَنَّ إراقَتها مستحقَّةٌ ، فإنْ صارتْ عندَهُ خَلاًّ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ تعريفُها ؛ لأَنَّها عادتْ إِلىٰ الملكِ السابقِ لصاحبِها .

والثاني : لاَ يجبُ تعريفُها ؛ لأَنَّ صاحبَها قد أَسقطَ حقَّهُ منها بإِراقتِها[١] .

مسأَلةٌ : [لقطة العبد] :

إِذا ٱلتقطَ العبدُ لُقطةً . . فهلْ يصحُّ ٱلتقاطُهُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يصحُّ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لقولهِ ﷺ : « مَنِ ٱلْتَقَطَ لُقَطَةً . . فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ أَو ذَوَيْ عَدْلٍ ، وَلاَ يَكْتُمْهَا وَلاَ يُغَيِّبْهَا » ولَم يفرِّقْ بينَ الحرِّ والعبدِ . ولأَنَّه كسبٌ بفعلٍ ، فصحَّ مِنَ العبدِ ، كالاصطيادِ والاحتشاشِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الميراثِ .

والثاني : لا يصحُّ ٱلتقاطُهُ . وهوَ ٱختيارُ المزنيِّ ؛ لأَنَّ الالتقاطَ يقتضي : أَمانةً وولايةً في مدَّةِ التعريفِ ، وتملُّكاً بعوضٍ في ذِمَّتهِ ، والعبدُ ليسَ مِنْ أَهلِ الأَمانةِ والولايةِ ، ولا ذِمَّةَ لَه يُستوفىٰ الحقُّ منها ، فلَم يصحَّ .

فإِذا قُلنا : يصحُّ ٱلتقاطُهُ ، فإِنْ لَم يعلمِ السيِّدُ باللُّقطةِ . . فإِنَّها أَمانةٌ في يدِ العبدِ . وإِنْ تلِفَتْ في يدِ العبدِ بغيرِ تفريطٍ منْهُ . . لَم يضمنْها ؛ لأَنَّ الأَمانةَ لاَ تُضمنُ بغيرِ تعدٍّ .

وإِنْ أَتلفَها العبدُ ، أَو تلِفَتْ في يدِهِ بتفريطٍ منهُ . . ضمنَها في رَقبتهِ ، كما لَو أَتلفَ مالاً لغيرِه .

وإِنْ عرَّفها العبدُ حولاً تعريفاً كاملاً . . لَم يملِكْها العبدُ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه لاَ يملكُ المالَ علىٰ القولِ **الجديدِ** ، ويملكُهُ علىٰ القولِ **القديمِ** إِذا ملَّكَهُ السيِّدُ ، ولَم يُمَلِّكْهُ السيِّدُ هاهُنا .

فَإِنْ قُلنا : إِنَّ اللُّقطةَ تدخلُ في ملكِ الملتقِطِ بعدَ ٱنقضاءِ التعريفِ . . دخلتْ في ملكِ السيِّدِ .

وإِن قُلنا : لا يملكُها الملتقِطُ إِلاَّ بٱختيارِ التملُّكِ . . لَم يملِكْها السيِّدُ حتَّىٰ يختارَ

---

(١) وكذا نقله النواوي في « روضة الطالبين » (٤/ ٤٨٠ ـ ٤٨١) .

تملُّكَها ، فإنْ تملَّكها العبدُ وتصرَّفَ فيها . . فإنَّه لا يملكُها ويضمَنُهَا ، وفي محلِّ ضمانهِ لها وجهانِ :

أَحدُهما : يضمنُها في ذمَّتهِ ، كما لَوِ ٱقترضَ شيئاً قرضاً فاسداً ، أَو قبضَه وأَتلفَهُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : أَنَّه يضمنُها في رَقَبتهِ ؛ لأَنَّه لَزِمَهُ بغيرِ رِضىٰ مَنْ لَه الحقُّ ، بخلافِ القَرضِ الفاسدِ .

وأَمَّا إِذا عِلمَ بها السيِّدُ : فلَهُ أَخذُهَا مِنْ يدِهِ ؛ لأَنَّ كسبَهُ لَهُ ، فإنْ أَخذَها السيِّدُ بعدَ أَنْ عرَّفها العبدُ . . كانَ للسيِّدِ أَنْ يتملَّكها . وإِنْ كانَ العبدُ قدْ عرَّفها بعضَ الحولِ . . فللسيِّدِ أَنْ يُكمِلَ التعريفَ ويتملَّكها . وإِنْ كانَ قبلَ أَنْ يعرِّفها العبدُ . . عرَّفها السيِّدُ حولاً وتملَّكَها . وإِنْ لَم يأْخُذْها السيِّدُ مِنَ العبدِ ، بلْ أَقرَّها في يدِهِ ، فإِنْ كانَ العبدُ ثقةً . . جازَ ، كما لوِ ٱستعانَ بهِ في حفظِ مالهِ ، ويكونُ الحكمُ فيهِ كما لَو أَخذَها السيِّدُ منهُ . وإِنْ كانَ العبدُ غيرَ ثقةٍ . . ضمنَها السيِّدُ وزالَ الضمانُ عَنِ العبدِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ فرَّطَ في إِقرارِها بيدِهِ ، فلزمَهُ ضمانُها ، كما لَو أَخذَها مِنْ يدهِ وردَّها إِليهِ ؛ لأَنَّ يدَ العبدِ كيدِ سيِّدهِ .

وإِنْ علمَ فلَم يأْخُذْها مِنْ يدِه ولَم يقرَّها ، وإِنَّما أَهملَها في يدهِ . . فهلْ يجبُ علىٰ السيِّدِ ضمانُها ؟ قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فيهِ وجهانِ ، يأْتي توجيهُهما .

وأَمَّا إِذا قُلنا : لاَ يصحُّ ٱلتقاطُ العبدِ . . فإِنَّ العبدَ يضمنُها بالأَخذِ ؛ لأَنَّه أَخذَ ما لاَ يجوزُ لَه أَخذُهُ ، فهو كما لو غصبَ مالَ غيرهِ ، فإِنْ علمَ بها السيِّدُ . . فإِنَّه لاَ يخلو : إِمَّا أَنْ يأْخُذَها مِنْ يدهِ ، أَو يُقرَّها في يدهِ ، أَو يُهملَها . فإِن أَخذَها مِنْ يدهِ . . زالَ الضمانُ عَنِ العبدِ ، وصارَ كأَنَّ السيِّدَ ٱلتقطَها .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وينبغي لو أَخذَها غيرُ السيِّدِ مِنَ الأَحرارِ . . أَنْ يزولَ عَنِ العبدِ الضمانُ ؛ لأَنَّ كلَّ مَنْ هوَ مِنْ أَهلِ الالتقاطِ نائبٌ عَنْ صاحبِها .

فَإِنْ قيلَ : إِذا حصلَ الشيءُ مضموناً ، لَم يزُلِ الضمانُ بالانتقالِ إِلىٰ يدٍ غيرِ يدِ مالِكِهِ . . فالجوابُ : أَنَّه إِنَّما لا يزولُ الضمانُ إِذا أَخذَهُ مَنْ لا يجوزُ لَه أَخذُهُ ، وهاهُنا يجوزُ للسيِّدِ أَخذُها ، فصارَ كما لَو غصبَ عيناً ، فدفعَها الغاصبُ إِلىٰ وكيلِ المغصوبِ منهُ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإنِ ٱختارَ السيِّدُ حفظَها علىٰ صاحبِها. . جازَ . وإنِ ٱختارَ تملُّكَها. . عرَّفَها حولاً ثمَّ تملَّكَها . فإنْ كانَ العبدُ قد عرَّفها. . لَم يُعتدَّ بتعريفهِ ؛ لأنَّ وُجودَ ٱلتقاطِهِ بمنزلةِ عدمِهِ ، فكذٰلكَ تعريفُهُ .

وإنْ لَم يأخذْها السيِّدُ منهُ ، ولٰكنْ أقرَّها في يدهِ ليعرِّفها ، فإنْ كانَ العبدُ ثقةً. . جازَ وزالَ عَنِ العبدِ الضمانُ ؛ لأنَّ العبدَ صارَ ممسِكاً لَها عَنِ السيِّدِ ، فصارَ كما لَو أخذَها السيِّدُ مِنْ يدهِ وردَّها إليه .

وإنْ كانَ العبدُ غيرَ ثقةٍ. . ضمنَها السيِّدُ ؛ لأنَّهُ فرَّطَ في تركِها في يدهِ ؛ لأنَّ يدَ السيِّدِ علىٰ العبدِ وعلىٰ ما في يدهِ ، فصارَ كما لَو أخذها السيِّدُ منهُ ثمَّ ردَّها إليهِ .

وإنْ لَم يأخذْها السيِّدُ منهُ ولاَ أقرَّها ، ولٰكنْ أهملَها في يدهِ. . فقد روىٰ المزنيُّ : (أنَّ السيِّدَ يضمنُها في رَقبةِ عبدهِ) ، ونقلَ الربيعُ : (أنَّهُ يضمنُها في رَقبةِ عبدهِ وسائرِ أموالهِ) . وأرادَ بقولهِ (وسائرِ أموالهِ) : في ذمَّتهِ .

فمِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : الصحيحُ ما نقلَهُ المزنيُّ ، وأنَّهُ يضمنُها في رقبةِ عبدهِ لا غيرَ ؛ لأنَّ السيِّدَ لا يَضمنُ جناياتِ عبدهِ في ذمَّتهِ ، وإنَّما يتعلَّقُ الضمانُ برَقبةِ العبدِ لا غيرَ ، فإن تلِفَ العبدُ. . سقطَ حقُّ صاحبِ اللُّقطةِ .

وقالَ أبو إسحاقَ : الصحيحُ مانقلَهُ الربيعُ ، وقد نقلَهُ المزنيُّ في « جامعهِ الكبيرِ » وإنَّما أسقطَهُ في « المختصرِ » ؛ لأنَّ السيِّدَ قد كانَ يمكنُهُ أنْ يأخذَها منهُ ، أو يقرَّها في يدهِ ، فإذا لَم يفعلْ. . صارَ متعدِّياً ، فكانَ ضامناً لَها في ذمَّتهِ ، كما لَو غصبَ العبدُ مالاً لغيرهِ ، وعلمَ بهِ السيِّدُ ، وأمكنَهُ ٱنتزاعُهُ منهُ ، فلَم يفعلْ حتَّىٰ تلفَ في يدِ العبدِ ، فإنَّ السيِّدَ يضمنُهُ في ذمَّتهِ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ تلفَ العبدُ. . تعلَّقَ الضمانُ بذمَّةِ السيِّدِ .

وإنْ كانَ علىٰ السيِّدِ ديونٌ وأفلسَ. . كانَ للملتقِطِ أنْ يأخذَ حقَّهُ مِنَ العبدِ ، ولاَ يشاركُهُ الغرماءُ فيهِ .

وإنْ لَم تفِ قيمتُهُ بحقِّهِ. . ضاربَ الغرماءَ فيما بقيَ لَه مِنْ قيمةِ اللُّقطةِ في مالِ السيِّدِ . ومِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : فيها قولانِ ، ووَجهُهما ما ذكرناهُ .

فرعٌ : [عتق العبد ومعه لقطة لم يعلم بها سيده] :

إذا ٱلتقطَ العبدُ لُقطةً فأَعتقَهُ سيِّدُهُ قبلَ أَنْ يَعلمَ باللُّقطةِ ، فإِنْ قُلنا : يصحُّ ٱلتقاطُهُ . . كانَ للسيِّدِ أَخذُها منهُ ، كما[1] لَوِ ٱكتسبَ مالاً قبلَ العِتقِ ولَم يَعلمْ بهِ السيِّدُ .

وإِنْ قُلنا : لا يصحُّ ٱلتقاطُهُ . . لَم يكنْ للسيِّدِ أَخذُها ؛ لأَنَّهُ قبلَ أَنْ يعْتقَ لَم يتعلَّقْ بها حقٌّ للسيِّدِ .

وهلْ للعبدِ أَنْ يبتدِىءَ تعريفَها بعدَ العِتقِ ، ويتملَّكَها بعدَ التعريفِ[2] ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّه قد صارَ علىٰ صفةٍ يصحُّ ٱلتقاطُهُ ، فصارَ كما لَو وَجدَها في هٰذهِ الحالةِ .

والثاني ـ خرَّجهُ الشيخانِ : أَبو حامدٍ ، وأَبو إِسحاقَ ـ : ليسَ لَه ذٰلكَ ؛ لأَنَّ يدَهُ قدْ صارتْ يدَ ضمانٍ ، فلا تنقلبُ يدَ أَمانةٍ .

مسأَلةٌ : [المكاتب في اللقطة] :

قالَ الشافعيُّ في « المختصرِ » [٣/ ١٢٨] : (والمكاتَبُ في اللُّقطةِ كالحرِّ ؛ لأَنَّ مالَهُ يسلَّمُ لَه) ونصَّ في « الأُمِّ » [٣/ ٢٨٩] : (أَنَّهُ كالعبدِ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالعبدِ ؛ لأَنَّه ناقصٌ بالرِّقِّ ، بدليلِ أَنَّهُ لا يرثُ ، ولا تصحُّ الوصيَّةُ إِليهِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : إِنَّهُ كالحرِّ قولاً واحداً .

قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » : (لأَنَّ مالَهُ لَه) **وهٰذا التعليلُ أَصحُّ** مِنَ التعليلِ الذي نقلَهُ المزنيُّ : (أَنَّ مالَهُ يسلَّمُ لَه) ؛ لأَنَّه قدْ يسلَّمُ لَه ، وقد لاَ يسلَّمُ لَه .

---

(١) في نسخة : (كما قلنا) .
(٢) في النسخ : (التعريف فيه ، فيه) .

فإذا قُلنا : إِنَّهُ كالحرِّ ، أَو قُلنا : إِنَّهُ كالعبدِ ، وقُلنا : يصحُّ ٱلتقاطُهُ ، فإذا ٱلتقط لُقطةً . . فهيَ أَمانةٌ في يدهِ ، فإذا عرَّفَها حولاً . . صحَّ تعريفُهُ ، ولَه أَنْ يتملَّكَها بعدَ التعريفِ ؛ لأَنَّهُ مِنْ أَهلِ التملُّكِ كالحرِّ[1] .

وإذا قُلنا : إِنَّهُ كالعبدِ ، وقُلنا : لا يصحُّ ٱلتقاطُهُ ، فٱلتقطَ لُقطةً . . ضمنَها بأَخذهِ لها ، وليسَ للسيِّدِ أَنْ يأْخذَها منهُ ، كما يأْخذُها مِنَ العبدِ ؛ لأَنَّه لا سبيلَ للسيِّدِ علىٰ ما في يدِ المكاتبِ ، ولٰكنْ يُسلِّمُها إِلىٰ الحاكمِ ، فإذا قبضَها الحاكمُ . . برىءَ المكاتَبُ مِنْ ضمانِها ، فإِنْ عرَّفها الحاكمُ حولاً ، فهلْ للمكاتَبِ أَنْ يتملَّكَها ؟ فيهِ وجهانِ :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ والقاضي أَبو الطيِّبِ : لَه أَنْ يتملَّكَها ؛ لأَنَّه مِنْ أَهلِ التملُّكِ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ وٱبنُ الصبَّاغِ : ليسَ لَه أَنْ يتملَّكَها ؛ لأَنَّه ليسَ مِنْ أَهلِ الالتقاطِ ، فلَمْ يملِكْها بالحولِ والتعريفِ .

فعلىٰ هٰذا : تكونُ في يدِ الحاكمِ إِلىٰ[2] أَنْ يجدَ صاحبَها .

فرعٌ : [لقطة المبعض] :

وأَمَّا إذا وَجدَ مَنْ نصفُهُ حرٌّ ونصفُهُ عبدٌ لُقطةً . . **فقد نصَّ الشافعيُّ** : (أَنَّهُ كالحرِّ) . فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ كالعبدِ ؛ لأَنَّه ناقصٌ بالرِّقِّ . ومنهُم مَنْ قالَ : هوَ كالحرِّ قولاً واحداً ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّه يملكُ بنصفهِ الحرِّ مِلْكاً تامّاً .

فإذا قُلنا : إِنَّهُ كالعبدِ ، وقُلنا : لا يصحُّ ٱلتقاطُهُ ، فهوَ كالعبدِ يصيرُ ضامناً لها . وإذا أَخذَها السيِّدُ منه . . زالَ عنهُ الضمانُ .

وإذا قُلنا : إِنَّهُ كالحرِّ ، أَو كالعبدِ ، وقُلنا : يصحُّ ٱلتقاطُهُ ، فإِنْ لَم يكنْ بينَهُ وبينَ السيِّدِ مهايأَةٌ . . فاللُّقطةُ لهُما[3] بعدَ التعريفِ . وإِنْ كانَ بينهُما مهايأَةٌ . . فهلْ تكونُ اللُّقطةُ لمَنْ وُجدَتْ في يومهِ ؟ فيهِ قولانِ :

---

(١) في (م) : (وله أن يتملكها بعد الحول كالحر) .

(٢) في نسخة : (إلا) .

(٣) في (م) : (بينهما) .

أَحدُهما : تكونُ لَه ؛ لأَنَّه كسبٌ للعبدِ ، فكانتْ لمَنْ وُجدَتْ في يومهِ ، كالمعتادِ .

والثاني : أَنَّها لا تكونُ لمَنْ وُجدَتْ في يومهِ ، بلْ تكونُ بينهُما ؛ لأَنَّه كسبٌ نادرٌ ، والنادرُ غيرُ معلومٍ وجودُهُ ، فلاَ يدخلُ في المهايأَةِ .

فرعٌ : [لقطة المدبر والمعلّق عتقه] :

وأَمَّا المدبَّرُ والمعتَقُ بصفةٍ ، إِذا ٱلتقطَ لُقطةً . . فحكمُهُ حكمُ العبدِ القِنِّ[1] علىٰ ما مضىٰ .

وأَمَّا أُمُّ الولدِ إِذا ٱلتقطتْ لُقطةً . . **فنصَّ الشافعيُّ** : (أَنَّها كالعبدِ القِنِّ) .

قالَ الشافعيُّ : (إِلاَّ أَنَّها إِذا تلفتِ اللُّقطةُ في يدِها ، فإِنْ علمَ بها السيِّدُ . . كانَ الضمانُ عليهِ في ذمَّتهِ ، وأَمَّا إِذا لَم يعلمْ بها . . كانَ الضمانُ في ذمَّتها) .

قالَ الربيعُ : وفيهِ قولٌ آخرُ : (أَنَّ ضمانَها في ذمَّتهِ) . وقولُهُ : (في ذمَّتها) غلطٌ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في قولِ الشافعيِّ : (في ذمَّتها) :

فقالَ أَكثرُهم : هوَ غلطٌ كما قالَ الربيعُ ؛ لأَنَّ هٰذا فرَّعَهُ الشافعيُّ علىٰ القولِ الذي يقولُ : لا يصحُّ ٱلتقاطُ العبدِ ، وكانَ يجبُ أَنْ يكونَ ضمانُها في رَقبتِها ، إِلاَّ أَنَّ السيِّدَ قد منعَ مِنْ بيعِها بالإِحبالِ ، ولَم يبلغْ بها حالةً يتعلَّقُ الحقُّ بذمَّتها إِذا لَم يَعتِقْها ، فوَجبتْ جنايتُها في ذمَّتهِ . وقولُه : (في ذمَّتها) غلطٌ مِنَ الكاتِبِ . وقالَ أَبو إِسحاقَ : يمكنُ تأْويلُ قولِ الشافعيِّ : (في ذمَّتها) أَنْ يكونَ فرَّعَهُ علىٰ القولِ الذي يقولُ : يصحُّ ٱلتقاطُ العبدِ ، فإِذا ٱلتقطتْ أُمُّ الولدِ لُقطةً . . حصلتْ في يدِها أَمانةً ، إِلاَّ أَنَّهُ يجبُ عليها أَنْ تُعلِمَ السيِّدَ بها ليأْخُذَها منها ، فإِذا لَم تفعلْ حتَّىٰ تلِفتْ في يدِها . . فقد فرَّطتْ ، فتعلَّقَ الضمانُ بذمَّتها ؛ لأَنَّ صاحبَها كأَنَّهُ رضيَ بكونِها في يدِها ، فصارَ بمنزلةِ أَنْ يدفعَ رجلٌ وديعةً إِلىٰ أُمِّ وَلدٍ لتدفعَها إِلىٰ سيِّدِها ، فلَمْ تَدفعْها إِليهِ حتَّىٰ تلِفتْ في يدِها ، فإِنَّ ضمانَها يكونُ في ذمَّتها .

---

(١) القِنّ : العبد الخالص ، وليس بمدبر ولا مكاتب ولا مبعض ولا معلّق عتقه ولا أم ولد .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا وإِنْ كانَ صحيحاً في الفقهِ ، فلا يُحملُ كلامُ الشافعيِّ علىٰ هٰذا ؛ لأَنَّه إِنَّما فرَّعهُ علىٰ القولِ الذي يقولُ : لاَ يجوزُ ٱلتقاطُ العبدِ .

مسأَلةٌ : [لقطة معدومي أهلية التكليف] :

إِذا وَجدَ الصبيُّ أَوِ المجنونُ أَوِ المحجورُ عليهِ للسَّفَهِ لُقطةً فٱلتقطَها . . صحَّ ٱلتقاطُهُ ؛ لعمومِ الأَخبارِ ، ولأَنَّ هٰذا كسبٌ ، فصحَّ منهُم ، كالاصطيادِ والاحتشاشِ . هٰذا نقلُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٠] : في ٱلتقاطِ الصبيِّ قولانِ ، كالعبدِ . **وهٰذا ليسَ بمشهورٍ** .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ تلِفتِ اللُّقطةُ في يدِ أَحدِهم بغيرِ تفريطٍ ، قبلَ أَنْ يعلمَ بها الوليُّ . . لَم يجبْ ضمانُها ؛ لأَنَّه قبضَ ما لَهُ قبضُهُ . وإِنْ تلِفتْ في يدهِ بتفريطٍ منهُ ، أَو أَتلفَها . . وَجبَ ضمانُها في مالهِ ، كما لَو أَتلفَ مالَ غيرهِ .

وإِنْ علمَ بها الوليُّ . . فعليهِ أَنْ يأْخذَها منهُ ؛ لأَنَّه ليسَ مِنْ أَهلِ حفظِ الأَموالِ . فإِنْ تركَها الوليُّ في يدهِ حتَّىٰ تلِفتْ . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : ضمنَها الوليُّ ؛ لأَنَّ الوليَّ يلزمُهُ حفظُ مالِ الصبيِّ وما تعلَّقَ بهِ حقُّهُ ، وهٰذهِ قد تعلَّقَ بها حقُّهُ ، فإِذا تركَها في يدهِ . . صارَ مضيِّعاً لَها ، فضمِنَها .

وإِنْ أَخذَها الوليُّ فعرَّفها حولاً . . نَظرَ الوليُّ : فإِنْ كانَ المولّىٰ عليهِ مِمَّنْ يجوزُ أَنْ يَقترضَ عليهِ[1] . . تملَّكها لَه . وإِنْ كانَ ممَّنْ لاَ يجوزُ أَنْ يقترضَ لهُ ، بأَنْ كانَ غنيّاً ، فهلْ للوليِّ أَنْ يتملَّكَها لَه ؟ فيهِ وجهانِ .

قالَ عامَّةُ أَصحابِنا : ليسَ لَه أَنْ يتملَّكَها لَه ؛ لأَنَّ المِلكَ في اللُّقطةِ يجري مجرىٰ الاقتراضِ . فإِذا كانَ لاَ حاجةَ بهِ إِلىٰ الاقتراضِ ، لَم يتملَّكْها لَه .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : لَه أَنْ يتملَّكَها لَه ؛ لأَنَّ الظاهرَ عدمُ صاحبِها ، ولهٰذا جَعلناهُ

(١) في (م) : (له) .

بمنزلةِ الاكتسابِ . ولَو جرىٰ مجرىٰ الاقتراضِ . . لَم يصحَّ الالتقاطُ مِنَ الصبيِّ والمجنونِ ، وكانَ يُراعىٰ في صحَّةِ الالتقاطِ الحاجةُ إلىٰ الاقتراضِ .

مسأَلةٌ : [لقطة الفاسق] :

إذا وَجدَ الحرُّ الفاسقُ لُقطةً : فيكرهُ لَه أَخذُها ؛ لأَنَّه ربَّما تَدعوهُ نفْسُهُ إلىٰ ٱستحلالِها وكِتمانِها . فإنِ ٱلتقطَها . . صحَّ ٱلتقاطُهُ قولاً واحداً ؛ لأَنَّه مِنْ جهاتِ التكسُّبِ ، فصحَّتْ مِنَ الفاسقِ ، كالاصطيادِ . وهٰذا نقلُ البغداديِّينَ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦١] : في صحَّةِ ٱلتقاطهِ قولانِ ، كالعبدِ .

إذا ثَبتَ أَنَّه يصحُّ ٱلتقاطُهُ . . فهلْ يقرُّها الحاكمُ في يدهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لاَ يُقرُّها في يدهِ ، بلْ ينتزعُها ويسلِّمُها إلىٰ أَمينٍ ؛ لأَنَّ اللُّقطةَ في الحولِ الأَوَّلِ أَمانةٌ في يدِ الملتقِطِ ، والفاسقُ ليسَ مِنْ أَهلِ الأَمانةِ .

والقولُ الثاني : أَنَّه يُقرُّها في يدهِ ، ولٰكنْ لاَ يُهملُ الحاكمُ أَمرَها ، بلْ يضمُّ إليهِ أَميناً يُشرفُ عليهِ ويمنعُهُ مِنَ التصرُّفِ فيها قبلَ الحولِ ؛ لأَنَّ الفاسقَ لمَّا ساوىٰ الأَمينَ في تملُّكِ اللُّقطةِ بعدَ الحولِ . . ساواهُ في كونِها بيدهِ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

وفي الذي يتولَّىٰ تعريفَها قولانِ ، سواءٌ قُلنا : تُقرُّ في يدِهِ ، أَو لا تُقرُّ :

أَحدُهما : يعرِّفُها الواجدُ لها وإنْ كانَ فاسقاً ؛ لأَنَّه هوَ الواجدُ ، ولأَنَّها إنَّما ٱنتُزعَتْ منهُ خوفاً مِنْ أَنْ يخونَ بها ، ولا خيانةَ في التعريفِ .

والثاني : أَنَّ الفاسقَ لا يَنفردُ بتعريفِها ، ولٰكنْ يضمُّ إليهِ الحاكمُ أَميناً يعرِّفُها معَهُ ؛ لأَنَّه لا يُؤمَنُ أَنْ يقصِّرَ في التعريفِ . فإذا ٱنتهىٰ التعريفُ . . كانَ للفاسقِ أَنْ يتملَّكَها ؛ لأَنَّه مِنْ أَهلِ التملُّكِ .

فرعٌ : [لقطة الذمي في بلاد المسلمين] :

وٱختلفَ أَصحابُنا في الذمِّيِّ إذا ٱلتقطَ لُقطةً في دارِ الإسلامِ :

فمنهُم مَنْ قالَ : لاَ يصحُّ ٱلتقاطُهُ ؛ لأَنَّ الالتقاطَ أَمانةٌ بوِلايةٍ ، والذمِّيُّ ليسَ مِنْ

أَهلِها ، ولأَنَّه لاَ يملكُ بالإِحياءِ في دارِ الإِسلامِ ، فلاَ يملكُ بالالتقاطِ فيهِ .

ومنهمُ مَنْ قالَ : يصحُّ ٱلتقاطُهُ ؛ لأَنَّ لَه ذمَّةً صحيحةً ويملكُ بالقرضِ ، فصحَّ ٱلتقاطُهُ .

فإِذا قُلنا : يصحُّ ٱلتقاطُهُ . . فهلْ تُقَرُّ في يدهِ ، ويصحُّ تعريفُهُ بنفسهِ ، أَو ينزعُها الحاكمُ منهُ ، ويضمُّ مَنْ يعرِّفُها معَهُ ؟

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالفاسقِ .

ومنهُم مَنْ قالَ : تُقَرُّ في يدهِ ، وينفردُ بالتعريفِ قولاً وَاحداً ؛ لأَنَّه وإِنْ كانَ كافراً ، فهوَ مُقَرٌّ علىٰ دينهِ ، كما أَنَّا نقولُ : لاَ يصحُّ إِنكاحُ الفاسقِ ، ويصحُّ إِنكاحُ الذمِّيِّ .

فرعٌ : [القول للمدعي حتى يأتي صاحب اليد بالبينة] :

قالَ الشافعيُّ في « الأُمِّ » : (إِذا كانَ في يدِ رجلٍ عبدٌ ، فٱدَّعاهُ آخرُ ، وشهدَ لَه بهِ شاهدانِ أَنَّه مِلْكُهُ ، فقالَ مَنْ بيدهِ العبدُ : هٰذا ٱشتريتُهُ مِنْ فلانٍ ، ببلدِ كذا ، وليَ عليهِ بيِّنةٌ هناكَ تشهدُ أَنِّي ٱبتعتُهُ ، وكانَ مالِكاً لَه حينَ باعَهُ منِّي . . فإِنَّ العبدَ يسلَّمُ إِلىٰ المدَّعي ، ولاَ يُعتدُّ بدعوىٰ مَنْ بيدهِ العبدُ ؛ لأَنَّ بيِّنةَ المدَّعي قدْ قامتْ ، وثبتَ لَه المِلكُ ، فلا يُوقَفُ بالدَّعوىٰ ، فيسلَّمُ العبدُ إِلىٰ المدَّعي إِلىٰ أَنْ يأتيَ مَنْ بيدهِ العبدُ ببيِّنةٍ) .

واللهُ أَعلمُ

* * *

المحتوى

كتابُ الغصبِ

كتابُ الشُّفعةِ

كتابُ القِرَاضْ

كتابُ المُسَاقَاةِ

كتاب الإجارة

بابُ ما يوجبُ فسخَ الإِجارةِ ٣٦١

كتاب السبق والرمي

كتاب إحياء الموات

كتاب اللقطة

* * *